

**UNIVERSIDADE DE
LISBOA
FACULDADE DE
DIREITO**



**UNIVERSIDADE DE
SÃO PAULO
FACULDADE DE
DIREITO**



OS LIMITES DOS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Lucas Fonseca e Melo

Orientadores: Prof. Doutor **Carlos Manuel Almeida Blanco de Morais**

Prof. Doutor **José Levi Mello do Amaral Júnior**

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidades de Ciência Jurídico-Políticas, pela Universidade de Lisboa, e de Direito
do Estado, pela Universidade de São Paulo

2019

**UNIVERSIDADE DE
LISBOA
FACULDADE DE
DIREITO**



**UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO
FACULDADE DE
DIREITO**



OS LIMITES DOS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Lucas Fonseca e Melo

Orientadores: Prof. Doutor Carlos Manuel Almeida Blanco de Moraes

Prof. Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior

Júri:

Presidente: Doutor José Arthur Anes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

Doutor Gonçalo Manoel de Vilhena de Almeida Ribeiro, Professor Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

Doutora Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho, Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

Doutor Elival da Silva Ramos, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Luís Miguel Prieto Nogueira de Brito, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2019

AGRADECIMENTOS

Quando se chega ao final de uma longa jornada, é normal olhar para trás e se lembrar das pessoas que contribuíram e apoiaram essa travessia. O sentimento que aflora é de carinho e gratidão. Os momentos difíceis, pelo fato de terem sido compartilhados, foram minimizados e, graças ao apoio recebido, superados. Quero aproveitar este momento e agradecer a todas as pessoas que se fizeram presentes e muito me auxiliaram na realização deste sonho.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter iluminado o meu caminho e colocado nele pessoas tão especiais.

Ao Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes, meu orientador, agradeço por todos os ensinamentos, pela plena disponibilidade, pela confiança, pelas conversas, pelas aulas, pelo material enviado, pelas indicações de leitura e pela paciência. Muito obrigado pela forma carinhosa com que me recebeu em Portugal e cuidou de mim durante a minha estada em Lisboa.

Ao Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior, meu coorientador, agradeço pela confiança depositada, pela oportunidade de trabalhar ao seu lado, pela dedicação, pelos ensinamentos, pelo carinho e pela amizade e, especialmente, por ter sido um dos grandes responsáveis por esta conquista que, com certeza, mudou a minha vida para sempre.

Ao Professor Doutor Roger Leal, pela troca de experiência, pelas sugestões de leitura, pelas críticas incisivas que me forçaram a pensar e reformular inúmeras vezes o mesmo tema.

Aos professores, colegas e amigos que contribuíram para o desenvolvimento desta tese, por meio de sugestões e pelo fato de sempre estarem dispostos a me ouvir e a debater comigo.

À Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por ter acreditado neste projeto e por ter aceitado o meu pedido de afastamento para estudos em Portugal, o que viabilizou o tempo necessário para dedicar-me a esta pesquisa.

À minha amada esposa, Paula, que me acompanhou na concretização do meu doutorado e confiou neste projeto quando ele nada mais era do que um mero sonho longínquo, tendo me acompanhado em cada fase, sofrido comigo em cada dificuldade e, claro, celebrado em cada realização. Muito obrigado pelo seu imensurável apoio, pelo seu carinho e pelo seu amor. Enfim, por acreditar em mim, até nos momentos que nem eu mesmo acreditava.

Ao meu filho, Guilherme, pela inspiração, pela alegria, pela bagunça e por fazer de mim um ser humano infinitamente melhor. Por despertar um amor dentro de mim que eu nem

imaginava que existia e que faz com que todos os meus atos reflitam esse novo sentimento descoberto com a paternidade.

Aos meus pais, pelo amor incondicional. Obrigado pelo apoio, pelo carinho, pela força, pelas altas expectativas e por acreditarem profundamente em mim. Com certeza isso me ajuda a mirar no impossível, a ter fé, coragem e ideais alados. Os desafios ficam mais fáceis quando se tem fortes alicerces.

Se um homem com pais como esses é considerado de muita sorte, o que dizer então daquele que tem um padrasto e uma madrasta que o amam tanto quanto a um filho? Obrigado, Eduardo e Mércia, por estarem sempre presentes e por me apoiarem.

“Uma constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rhei heraclitano* de todo o ser vivo”

(Karl Loewenstein)

RESUMO

Esta tese tem por objetivo analisar os limites de uma mutação constitucional. A metodologia utilizada no presente trabalho é a qualitativa. Os principais objetivos específicos são aprofundar o estudo nos processos informais de alteração da Constituição e analisar os efeitos jurídicos sofridos no ordenamento jurídico, nos casos em que os limites apontados não são observados.

Com o fito de delimitar o tema “mutações constitucionais”, verificou-se que o conceito tradicional do instituto não é suficiente para explicá-lo, por ser demasiadamente vago. O conceito de mutação constitucional mais consagrado considera que a mutação é a alteração do significado da norma, sem que o texto seja formalmente alterado. Esse conceito, por si só, é insuficiente para delimitar plenamente o instituto. Primeiro porque pode existir norma sem texto, nesse caso, a mutação altera o sentido, o significado ou mesmo a própria norma, de modo informal. Além disso, o conceito apresentado precisa, ainda, ser complementado com mais dois requisitos: a inovação política e certa estabilidade temporal.

O limite, na mutação, é algo que, caso seja superado, pode gerar uma transformação substancial. Assim, se a fronteira da mutação constitucional for transposta, esse fato pode acarretar o surgimento de uma mutação inconstitucional. Nesse caso, a mutação que era constitucional transforma-se em mutação inconstitucional. Todavia uma alteração informal inconstitucional ocasiona sempre deformações duradouras no ordenamento jurídico.

Os limites que incidem sobre a mutação inconstitucional exercem dupla função: visam limitar o seu surgimento e extirpar as mutações inconstitucionais do ordenamento jurídico. Esses limites não impedem que as mutações inconstitucionais ocorram, mas eles tentam restringi-las ao máximo.

Ao final, conclui-se que a mutação inconstitucional configurada possui valor positivo, sendo que a sua proliferação no ordenamento jurídico pode colocar em risco o Estado de Direito, ou seja, verificou-se que a mutação inconstitucional pode ser um indicador de que a Constituição normativa está se transformando em nominal.

Palavras-chave: Limites. Mutação. Constituição.

ABSTRACT

The thesis analyzes the limits of a constitutional mutation. The methodology used in this study is qualitative. The specific aim is to deepen into the informal processes through which the Constitution may be altered and to analyze the legal effects over the legal system in the cases in which the limits mentioned are not observed.

In order to define the subject constitutional mutation, we realized that the traditional concept of this legal institute cannot explain it adequately, for it is extremely vague. According to the most accepted definition, a constitutional mutation is an alteration in the meaning of the legal norm while the legal text remains formally unaltered. This concept alone is insufficient to fully delimit the institute. First of all, for there can be legal norm without legal text and, in this case, the mutation informally changes the meaning of the norm or even the norm itself. In addition to that, the aforementioned concept also needs to be complemented by two further requirements: political innovation and a relative temporal stability.

When it comes to mutations, the limit is something that can generate a substantial transformation if overcome. Therefore, once it is transposed, the formerly constitutional mutation may turn into an unconstitutional one. In this case, the once constitutional mutation becomes unconstitutional. Nevertheless, every informal unconstitutional alteration always leads to permanent distortion of the legal system.

However, the limits of an unconstitutional mutation have a dual function: they limit the emergence of unconstitutional mutations and try to eliminate them from the legal system. That notwithstanding, these limits do not prevent unconstitutional mutations from happening even though they try to restrict them to the maximum.

In the end, we conclude that, once it is configured, an unconstitutional mutation has the value of positive law, and, therefore, its proliferation in the legal system may jeopardize the rule of the law. Thus, the unconstitutional mutation can indicate that the normative Constitution is turning into a nominal Constitution.

Keywords: Limits; Mutation; Constitution.

RESUMÉ

Cette thèse analyse quelles sont les limites d'une mutation constitutionnelle. La méthodologie utilisée dans le cadre de ce travail est la qualitative. L'objectif spécifique est de s'approfondir dans les processus informels d'altération de la Constitution et d'analyser les effets juridiques suivis dans l'ordonnement juridique dans les cas où les limites signalés ne sont pas observés.

Visant à délimiter le sujet mutations constitutionnelles, il a été constaté que le concept traditionnel de l'institut n'est pas suffisant pour l'expliquer, car il est excessivement vague. Le concept de mutation constitutionnelle plus consacré est en ce sens qu'il s'agit d'une altération de la signification de la norme, sans que le texte soit formellement modifié. Ce concept tout seul est insuffisant pour délimiter entièrement l'institut. D'abord car une norme peut exister sans texte ; en ce cas, la mutation modifie la signification ou encore la norme même de façon informelle. En outre, il faut que le concept présenté soit complété avec deux exigences de plus : l'innovation politique et une certaine stabilité temporelle.

Le limite, dans la mutation, est quelque chose que, quand dépassé, peut engendrer une transformation considérable. Alors, si la frontière de la mutation est transposée, ce fait pourra engendrer la survenue d'une mutation inconstitutionnelle. Dans ce cas-là, la mutation qui était constitutionnelle devient une mutation inconstitutionnelle. Cependant, une altération formelle inconstitutionnelle conduit toujours à des déformations permanentes dans l'ordonnement juridique.

Néanmoins, les limites qui incident sur la mutation inconstitutionnelle exercent une double fonction: ils visent à limiter sa survenue et à extirper les mutations inconstitutionnelles de l'ordonnement juridique. Pourtant, ces limites ne rendent pas impossible l'occurrence de mutations inconstitutionnelles, mais ils essayent de les restreindre au maximum.

Il est dès lors conclu que la mutation inconstitutionnelle configuré possède valeur positif, de sorte que sa prolifération dans l'ordonnement juridique peut mettre en danger l'État de droit, raison par laquelle il a été vérifié que la mutation inconstitutionnelle peut être une indication que la Constitution normative est en train de devenir nominale.

Mots-clés: Limites; mutation; Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 MODIFICAÇÕES CONSTITUCIONAIS INFORMAIS	20
2.1 Delimitação de alguns conceitos	20
2.2 Os ciclos das mutações informais da constituição.....	23
2.3 Originalismo ou textualismo: uma mutação às avessas?.....	37
2.4 O conceito de mutação constitucional	44
2.5 Espécies de mutação constitucional	64
3 LIMITES AO DIREITO NÃO ESCRITO	79
3.1 Normas constitucionais não escritas.....	79
3.2 Regra consuetudinária e processo consuetudinário	82
3.3 A mutação por costume constitucional e as lacunas.....	85
3.4 Convenção constitucional.....	101
3.5 Outras figuras: práticas constitucionais, correção constitucional e precedentes	110
3.6 A súmula vinculante e os precedentes judiciais	114
3.7 Limites à mutação constitucional oriunda de normas não escritas.....	124
4 LIMITES TEXTUAIS E JURÍDICOS	126
4.1 Limites inerentes ao poder de reforma	126
4.2 O poder constituinte	128
4.2.1 O poder constituinte derivado.....	137
4.2.2 A mutação constitucional oriunda do poder constituinte derivado	140
4.2.3 Poder constituinte difuso	142
4.3 Mutação constitucional mediante a interpretação	150
4.4 A verdade e o direito	151
4.5 Métodos jurídicos clássicos.....	154
4.5.1 O método tópico-problemático.....	156
4.5.2 O método hermenêutico-concretizador	157
4.5.3 O método científico-espiritual	157
4.5.4 O método normativo-estruturante.....	158
4.5.5 A teoria da argumentação jurídica.....	159

4.6 A interpretação literal como ponto de partida não como de chegada.....	165
4.7 A abertura do texto e o giro linguístico	168
4.8 A procura pela resposta correta	174
4.8.1 Interpretação como ato de conhecimento	175
4.8.2 Interpretação como ato de vontade – o ceticismo	182
4.8.3 Teoria formalista x teoria cética	189
4.8.4 Se existem várias respostas, como escolher a melhor?	199
4.8.5 Os limites da interpretação e a elasticidade do texto.....	204
4.9 Os limites da mutação constitucional oriundas da interpretação.....	221
4.10 Interpretação criativa e a criação do direito.....	228

5 LIMITES À MUTAÇÃO ORIUNDA DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO..... 232

5.1 As normas não exequíveis por si mesmas e as programáticas e o controle de constitucionalidade por omissão.....	232
5.2 Eficácia da norma constitucional.....	234
5.2.1 Controle direto de constitucionalidade por omissão	240
5.2.2 O mandado de injunção	242
5.2.3 A concretização no controle concreto de constitucionalidade.....	247
5.2.4 A reserva do possível.....	249
5.3 O neoconstitucionalismo e as suas contribuições para a concretização de normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e programáticas.....	250
5.4 Há mutação constitucional na concretização de omissão inconstitucional pelo poder judiciário?	259
5.5 Limites para a concretização de omissão inconstitucional pelo poder judiciário... 263	
5.5.1 Soberania popular	265
5.5.2 Democracia.....	267
5.5.3 Separação dos poderes.....	272
5.5.4 As omissões no direito da união europeia e o direito comparado – limites oriundos da jurisprudência do tribunal de justiça	276
5.5.5 A impossibilidade de o Poder Judiciário inovar na ordem jurídica.....	278
5.6 Limites à mutação inconstitucional oriunda da não observância do princípio da reserva legal.....	281

6 LIMITES À MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL 285

6.1 A mutação inconstitucional	285
6.1.1 As mutações inconstitucionais oriundas de condutas dos órgãos do poder político	299

6.1.2 As mutações inconstitucionais oriundas do Poder Judiciário.....	308
6.1.2.1 O controle de constitucionalidade	308
6.1.2.2 As súmulas vinculantes	313
6.1.2.3 A Concretização das normas não exequíveis por si mesmas.....	314
6.2 As mutações inconstitucionais oriundas de fato.....	316
6.3 Limites à mutação inconstitucional	322
6.3.1 A autolimitação do poder político	324
6.3.2 O controle de constitucionalidade	330
6.3.3 O diálogo institucional.....	336
6.3.3.1 O diálogo sem última palavra.....	343
6.3.3.2 Críticas à doutrina do diálogo.....	344
6.3.4 O conflito entre poderes	346
6.4 O valor positivo do ato inconstitucional.....	353
6.5 A constituição simbólica	356
7 CONCLUSÃO.....	357
REFERÊNCIAS	378

1 INTRODUÇÃO

A aproximação da Constituição com a nova realidade social pode ocorrer de duas formas: por meio de alterações formais no texto constitucional ou por alterações informais. Processos formais de alteração da Constituição são aqueles previamente previstos nos textos constitucionais, oriundos das atividades do poder constituinte derivado, que possibilitam a alteração de determinada norma constitucional, desde que observados os requisitos contidos na própria Constituição, relativos à matéria e à forma.

Enquanto os processos formais de alteração dependem de uma conduta ativa no processo legislativo, as alterações informais são evoluções acarretadas pelo decurso do tempo e pelas mudanças sociais que dele decorrem. É uma força silenciosa que opera de diferentes formas. Uma vez que as constituições são dinâmicas e tendem a acompanhar as evoluções sociais, é natural que o significado dos textos seja reinterpretado de acordo com cada momento histórico.

Deve-se ressaltar que a mutação constitucional recebeu diversas nomenclaturas, dentre elas: processos informais ou não formais, processos indiretos ou oblíquos de mudança da Constituição, mudança material, mudança constitucional silenciosa, meios difusos de alteração constitucional, vicissitude constitucional tácita, transição constitucional.

Jorge Miranda denomina mutação de “vicissitude constitucional tácita”.¹ Esse autor entende por vicissitudes constitucionais “quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas formas”. Diferencia ainda as vicissitudes constitucionais expressas das tácitas. As primeiras seriam aquelas oriundas de um ato de reforma, seja por meio de revisão ou de emenda, enquanto nas segundas o evento é um resultado indireto, uma consequência que se extrai a posteriori de um fato normativo historicamente localizado (mutação). São vicissitudes tácitas o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituição e a revisão indireta².

José Joaquim Canotilho utiliza indistintamente as expressões “mutação” e “transição constitucional” quando se refere ao problema da “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 109-110.

² *Ibidem*, p.109-110.

constitucional”.³ Já Machado Horta compreende as mutações constitucionais dentro do conceito de mudanças constitucionais, das quais elas seriam uma espécie, pois configurariam uma mudança não formal.⁴

As mudanças informais do texto constitucional, segundo a lição de Georges Burdeau⁵, são, na verdade, obra ou manifestação de uma espécie do Poder Constituinte, o poder constituinte difuso.

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, entende por mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, “por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*”. Esse procedimento pode ocorrer, segundo, ainda, o mencionado autor, pela via da interpretação, nas suas diversas modalidades e métodos, ou por meio da construção (*construction*), dos usos e costumes constitucionais.⁶

Deve-se destacar, ainda, que Anna Cândida da Cunha Ferraz⁷ utiliza a expressão “mutação constitucional” para “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la”. Todas as demais alterações constitucionais contrárias à Constituição são designadas por “mutações inconstitucionais”.

Um dos objetivos desta tese é analisar, em capítulo próprio, um dos requisitos originais da mutação constitucional que, com o passar do tempo, acabou suprimido da maioria dos conceitos modernos do tema. O conceito atual de mutação constitucional é muito diferente do original. Modernamente, a mutação constitucional é “reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição, sem contrariá-la”.⁸

Porém o fenômeno da mutação foi inicialmente posto como um impasse ao positivismo, uma vez que, por esse instituto, os opositores do positivismo demonstravam que existia uma tensão entre a realidade e as normas constitucionais, as

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1101.

⁴ HORTA, Raul Machado. Permanência, Mutações e Mudança Constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XVII, ed. 2 de 1999, p. 1. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/revista>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

⁵ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, Tome III, p. 210.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁸ *Ibidem*, p. 10.

quais não se resolvem mediante a aplicação do método lógico-constutivo, uma vez que ocorriam alterações informais contrárias às normas constitucionais. Segundo Verdú,

O fundamento último da mutação constitucional estava na natureza do Estado como realidade vital, dinâmica. A natureza viva do Estado condiciona a possibilidade à necessidade de transformar-se este e suas instituições e também a sua Constituição. (....)

Se a singularidade valorativa do direito constitucional se deduz como algo necessário para a realidade constitucional, é algo permitido pela intencionalidade da Constituição, então a mutação constitucional não é quebra da Constituição, nem simples regra convencional como sustentava Hasteck, mas direito. É um direito, no entanto, que não concorda com o texto legal; é um direito que não se pode compreender e entender mediante os conceitos e construções jurídicas formais.

Seu fundamento jurídico se encontra na chamada necessidade política, nas exigências e expressões da vitalidade que se realizam ao desenvolver-se o Estado.⁹

Segundo Hsü Dau-Lin,¹⁰ Laband foi o criador da expressão *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, porém não deu uma definição detalhada dela. Pablo Lucas Verdú acrescenta que foi Garcia Pelayo quem traduziu o termo *Verfassungswandlung* como mutação constitucional, o que foi acolhido pela doutrina.¹¹

Jellinek definiu alteração informal como “aquela modificação da Constituição que deixa ileso o texto, sem modificá-lo formalmente, que se produz por fatos que não são acompanhados pela intenção ou consciência da mutação”.^{12 13}

O significado desse problema resulta da natureza e intenção da Constituição escrita. Porque, no caso de uma mutação constitucional, questiona-se o significado fundamental da Constituição: uma vez que normas que deveriam abarcar a vida estatal em sua totalidade e que exigem que a sua validade seja superior à das leis ordinárias se reduzem a letra morta. De fato, a realidade para a qual se emanaram essas normas já não coincidem com elas. Reina uma tensão entre a Constituição escrita e a situação real constitucional.

⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. Prefácio. In: DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 10.

¹⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 29.

¹¹ VERDÚ, Lucas. Prefácio. In: DAU-LIN, *op. cit.*, p. 11.

¹² JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlim: O. Häring, 1906, *apud* DAU-LIN, *op. cit.*, p. 29.

¹³ Hsü DAU-LIN defende que: “a nova doutrina do direito político, onde a mutação constitucional é um conceito corrente, a caracteriza principalmente como a desvalorização e corrosão das normas jurídicas das instituições afetadas”. E continua: “A mutação trata-se de uma incongruência que existe entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro”. *Ibidem*, p. 29.

Como demonstrado, o tema já foi analisado por diversos doutrinadores. Todavia o próprio conceito de mutação constitucional permanece insatisfatório, uma vez que os conceitos dominantes são demasiadamente reducionistas, o que termina por não individualizar os processos informais de alteração da constituição como um instituto autônomo, pois, muitas vezes, o seu conteúdo chega a aproximar-se ou a igualar-se com o de outras instituições conhecidas do direito. Um exemplo dessa confusão conceitual ocorre entre a mutação e a interpretação, pois, também pela via da interpretação, especificamente, pela interpretação evolutiva, altera-se a norma, sem modificar o texto, em face da sua aproximação com a nova realidade social. Assim, a presente tese visa reformular os conceitos até então dados à mutação constitucional, a fim de que a mutação não mais se confunda com a interpretação nem com outros institutos correlatos que serão abordados no decorrer deste trabalho.

O presente trabalho pretende analisar ainda quais são os limites impostos à mutação. O tema é polêmico, pois não há consenso sobre quais são os limites aplicados. Agra afirma que a “doutrina não definiu com parâmetros claros o limite para a concretização das mutações”.¹⁴ Na verdade, nem é pacífico que a mutação possa ser limitada, pois há autores, como Uadi Lammego Bulos, que defende justamente isso. Segundo ele, “não é possível delimitar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de forças elementares, dificilmente explicáveis”.¹⁵

Vários doutrinadores,¹⁶ seguindo a doutrina de Konrad Hesse, apontam o texto como o principal obstáculo para as mutações, sendo que Canotilho, inclusive, indica-o como barreira intransponível, razão pela qual conclui esse autor que as mutações constitucionais não são um processo de alteração da Constituição, uma vez que o intérprete jamais poderia mudar o sentido da norma constitucional, sendo apenas possível alterações normativas endogenéticas.¹⁷

¹⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91.

¹⁶ Nesse sentido, cf.: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 230-231; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148; LEITE, Glauco Salomão. Os limites da interpretação judicial da Constituição na redefinição do controle incidental de constitucionalidade brasileiro. *Revista brasileira de estudos constitucionais - RBEC*, ano 2, n. 7, p. 225-244, jul./set., 2008; STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 238.

A fim de justificar esse raciocínio, Canotilho aponta que um juiz português não poderá autorizar o casamento de pessoas do mesmo sexo, uma vez que a Constituição portuguesa, ou melhor, o bloco de constitucionalidade português¹⁸, determina que o casamento seja realizado entre homem e mulher. Dessa forma, o magistrado não poderia “admitir que no art. 36º/1 estão previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo”.¹⁹ Fato é que, recentemente, em Portugal, foi julgada constitucional, em controle preventivo de constitucionalidade, efetuado pelo Tribunal Constitucional, norma ordinária que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Porém o próprio texto não é visto, pacificamente, como um limite objetivo do fenômeno da mutação. Eros Grau defende que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.²⁰ Logo o texto deixa de ser um limite, e a sua superação passa a ser um requisito para se configurar a mutação, uma vez que, para Eros Grau, a mutação só ocorreria com a substituição do antigo texto pelo novo texto. De fato, existem mais críticas aos posicionamentos de Eros Grau do que concordância com suas assertivas, sendo que seus opositores defendem justamente que “a mutação constitucional não altera o texto da Constituição”,²¹ mas sim o seu sentido. De toda forma, Eros Grau retoma, parcialmente, as doutrinas de Laband, Jellineck e Hsü Dau-Lin, que incluíam como situações de mutação constitucional as mutações ditas inconstitucionais. Na verdade, Eros Grau faz o movimento contrário do realizado por Konrad Hesse, pois, para ele, mutação ocorre apenas nos fenômenos de quebra da Constituição, ou seja, naqueles em que o texto é alterado.

¹⁸ A Constituição portuguesa determina, em seu artigo 16, que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, logo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem compõe o bloco de constitucionalidade português. A mencionada Declaração dispõe em seu Artigo XVI, 1: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”. Portugal. Constituição (1976). ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa (1976).

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 238.

²⁰ “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto para norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”. Voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335 / AC – ACRE. RECLAMAÇÃO. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²¹ PEDRA, Adriano Sant'ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 205.

Entender o significado do texto é fundamental, uma vez que, muitas vezes, a doutrina, ao analisar o tema, termina por confundir o texto com o que está disposto num único artigo de uma lei. Por essa razão, Canotilho concluiu ser impossível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que fundamentou a sua conclusão na interpretação literal de um único dispositivo. Determinar o que está descrito num único artigo como limite objetivo dos processos informais de alteração da Constituição implica, indiretamente, privilegiar o método da interpretação literal sobre os demais métodos hermenêuticos, pois, sob essa óptica, o conceito lexical de cada palavra ganha força em detrimento de outros métodos de interpretação.

O texto é muito mais amplo do que a interpretação de um único dispositivo e é fato que a soma de artigos compõe um texto. O texto é a soma das partes, logo exige um todo harmônico, porém a soma das partes, algumas vezes, é maior que o todo.²² Todavia é fato que todo artigo precisa ser observado na interpretação do texto, o intérprete não pode simplesmente desconsiderá-lo. Dessa forma, percebe-se que estabelecer os limites do texto não é algo tão simples e palpável, razão pela qual é extremamente difícil fixá-los, principalmente quando a soma das partes é menor ou maior que o todo, o que fatalmente acarreta pequenas modificações informais, seja do texto, seja dos dispositivos que o compõem.

Outros doutrinadores tentam fixar limites à mutação, criando hierarquias dentro das normas constitucionais. Logo a mutação não poderia abolir, por exemplo, as cláusulas pétreas. É o que defende, entre outros, Adriano Santana Pedra²³ e Walber de Moura Agra.²⁴

Esse limite estipulado é problemático, uma vez que não há consenso na doutrina sobre quais normas são cláusulas pétreas, tendo em vista que prevalece a corrente que defende a existência de cláusulas pétreas implícitas.²⁵ Assim, dependendo

²² Sobre “a soma das partes ser maior do que o todo” e a teoria da complexidade, Cf. MORIN, Edgar. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez Editora, 2014, p. 32-48 e MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 99.

²³ PEDRA, Adriano Sant'ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 222-232.

²⁴ “O limite da mutação constitucional deve ser o das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o cerne inalterável” da Constituição não é passível de modificações pelo processo de reforma, impossível será sua modificação pelo procedimento de mutação constitucional, que não encontra respaldo em cominações legais.” AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

²⁵ Em sentido contrário, não favorável à existência de cláusulas pétreas implícitas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade

da extensão que se dê às cláusulas pétreas implícitas, o direito constitucional brasileiro pode estar completamente petrificado, ou seja, totalmente imune às mutações constitucionais. Nesse caso, o problema será apenas justificar como o fenômeno ocorre, a despeito do limite traçado.

Todavia o problema que se pretende focar ao considerar as cláusulas pétreas como limite à mutação não é a mera dificuldade na identificação de quais normas estariam ou não imunes à mutação, mas sim demonstrar a dificuldade de conciliar essa linha de raciocínio com o fato de que todo o texto constitucional possui força normativa e que, num cenário de Constituição rígida, a abolição de qualquer artigo constitucional deveria operar por meio de alterações formais e não por meios informais.

Em suma, o fundamento utilizado para não se abolir uma cláusula pétrea é o fato de a Constituição não ter autorizado que as cláusulas pétreas fossem abolidas pelo Poder Constituinte Derivado, logo, se não se admite a sua abolição por meio do processo formal, também não se deveria admitir que elas fossem abolidas pela via informal. Contudo a Constituição também determina que quaisquer alterações dos seus enunciados só sejam admitidas caso sejam observados determinados ritos. Logo ela veda que as suas normas sejam alteradas pela via informal. Assim, qualquer alteração que não respeita o rito previsto também contraria, da mesma forma que a abolição das cláusulas pétreas, os preceitos constitucionais.

Assim, o problema não se resolve quando se criam distinções dentro da órbita constitucional, a fim de determinar quais textos podem ser alterados e quais não podem. Essa forma de pensar, de algum modo, enfraquece a existência da força normativa de todas as normas constitucionais, pois, sem perceber, esses autores defendem que os demais artigos que não contêm cláusulas pétreas podem ser abolidos pela via informal. Eles praticamente legitimam o desuso de normas constitucionais quando este se operar em normas que não são cláusulas pétreas.

Os próprios doutrinadores que elencam as cláusulas pétreas como limite à mutação também, em regra, defendem que a constituição tem força normativa. Existe uma contradição nesse argumento que não é enfrentada pelos seus defensores, pois ou a mutação não pode abolir todas as normas constitucionais pelo fato de todas as normas terem força normativa, devendo elas, portanto, impor-se em face da realidade que lhes é

contrária, ou apenas as cláusulas pétreas têm força normativa, ou o fato de a constituição ter força normativa é indiferente para o processo de alteração informal, logo a mutação poderia recair sobre todas as normas.

Se isso não bastasse, não é possível elencar o texto constitucional como limite e as cláusulas pétreas como outro limite, como se um já não abarcasse o outro, pois as cláusulas pétreas compõem o texto constitucional. Assim, a vedação de sua abolição já estaria protegida pela vedação de abolição de qualquer texto constitucional.

Dessa forma, fica demonstrada a vastidão do problema, bem como a sua originalidade e a falta de consenso sobre o tema. A fim de enfrentar essa situação, com o intuito de buscar uma resposta que supra essa lacuna, é necessário, ainda, explicar a metodologia empregada na presente tese.

Do ponto de vista da forma de abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa, pois considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A pesquisa é descritiva. Os dados são analisados indutivamente. O processo e seu significado constituem o foco principal da abordagem, pois a pesquisa busca entender o significado que os indivíduos ou grupos atribuem a um problema social ou humano.²⁶

Além disso, por meio do processo dedutivo, partindo-se de premissas gerais para se obterem conclusões específicas, são analisadas quais mudanças informais da Constituição são toleradas pelo ordenamento jurídico. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, que se opera por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Assim, a partir da doutrina nacional e estrangeira sobre a mutação constitucional, a tese objetiva especificamente:

- identificar o conceito de mutação e as influências desse instituto na jurisdição constitucional e reformulá-lo, em caso de insuficiência.
- analisar a natureza e o alcance das alterações invisíveis da Constituição e as experiências constitucionais contemporâneas no universo euro-americano.
- identificar as formas de alteração formal da Constituição, bem como as informais, verificando, nos casos dessas últimas, o embasamento jurídico por meio do qual se possibilita a reconstrução das normas constitucionais pelas vias interpretativa, integrativa, da jurisprudência constitucional e dos costumes.

²⁶ CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 26.

- verificar se há limite para a alteração informal da Constituição, bem como os seus efeitos no sistema político. Por meio dos casos concretos, pretende-se analisar a evolução do instituto nos ordenamentos jurídicos e as consequências diretas aferidas dessa forma de alteração da Constituição.

- analisar o Estado Democrático de Direito diante do desafio das mutações silenciosas, os benefícios e os riscos das transformações informais da Constituição, utilizando como parâmetro a soberania popular, a legitimidade democrática, a fronteira entre interpretação e mutação constitucional, a segurança jurídica, entre outros.

Esta tese assim se estrutura:

No presente capítulo, Introdução, apresentam-se o tema e os objetivos do trabalho, bem como a metodologia utilizada na pesquisa.

No segundo capítulo, parte-se da evolução histórica da mutação constitucional, a fim de melhor delimitar o seu conceito e identificar as espécies desse fenômeno. Além disso, fixam-se outros conteúdos que serão trabalhados em todos os outros capítulos.

No terceiro capítulo, busca-se analisar como o direito não escrito modifica o direito escrito e com ele interage. Além disso, é examinada a natureza jurídica dessas normas não escritas, bem como a possibilidade de essas normas alterarem o direito posto. Por fim, são expostos os limites às mutações constitucionais oriundas de normas não escritas.

No quarto capítulo, aprofunda-se o estudo da natureza jurídica das mutações constitucionais oriundas da interpretação, bem como são traçadas as diferenças entre a mutação constitucional e a interpretação. Por fim, são descritos os limites da interpretação e da mutação constitucional oriundas da interpretação.

No quinto capítulo, parte-se da nova sistemática dada pelo Supremo Tribunal Federal para a concretização das normas não exequíveis por si mesmas pelo Poder Judiciário, bem como as influências sofridas pelo movimento denominado de neoconstitucionalismo. Neste capítulo, são traçados limites tanto para a concretização dessas normas como para a própria mutação constitucional oriunda da concretização de normas não exequíveis por si mesmas pelo Poder Judiciário.

No capítulo seis, analisa-se a mutação inconstitucional, pois esse instituto surge justamente em face da não observância dos limites descritos para a mutação constitucional. Ponderam-se os efeitos e os riscos de uma mutação inconstitucional, bem como os limites existentes ao instituto.

O sétimo capítulo contém as conclusões do trabalho, sendo que nele constam as conclusões parciais de cada capítulo e a conclusão geral da tese.

2 MODIFICAÇÕES CONSTITUCIONAIS INFORMAIS

2.1 Delimitação de alguns conceitos

O título desta tese é “Os limites dos processos informais de alteração da Constituição”. Assim, parece apropriado conceituar o termo “limite”.

Como será bastante detalhado nos próximos capítulos, a maioria das palavras não são isomórficas, ou seja, comportam mais de um significado. Nesses casos, o contexto é fundamental para a compreensão do sentido delas. O mesmo ocorre com o signo “limite”. Ao se referir à palavra limite, vários significados emergem na mente do intérprete. Por essa razão, é fundamental delimitar o sentido em que esse termo é empregado neste trabalho. O filósofo grego Aristóteles conceitua limite como “a extremidade de uma coisa, isto é, do primeiro ponto além do qual não mais é possível apreender em nada a coisa e o primeiro ponto aquém do qual está seu todo”.²⁷

Na linha de raciocínio de Aristóteles, o limite pode ser visto como “ato de limitar”, algo que coloca fim em alguma coisa, que obsta, impede. Nesse sentido, é significativo lembrar que a palavra limite é frequentemente usada como sinônimo de obstáculo, impedimento. Essa semelhança de significado se aproxima do sentido etimológico da palavra, uma vez que limite tem sua origem na palavra latina “*limes*”, que pode ser traduzida como “muralha”, já que os “*limes*” eram o conjunto das fortificações construídas nas bordas do Império Romano.²⁸

Todavia o signo limite é utilizado, frequentemente, com significado muito diferente do ensinado por Aristóteles. Algumas vezes usa-se o termo para indicar a separação de duas regiões, coincidindo com o conceito de fronteira; limite pode ser também o ponto final de algo; pode ser, enfim, a essência de uma coisa, sua forma.²⁹

Na matemática, o limite é utilizado para descrever o comportamento de uma função; ele tem o objetivo de determinar o comportamento de uma função à medida que ela se aproxima de alguns valores determinados.

²⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Traducción de Tomás Calvo Martíne. Madrid: Gredos, 1994, p. 167.

²⁸ JONES, Arthur A.; WISEMAN, Robin. *The Goths: Children of the Storm*. New York: iUniverse, 2009, p. 127.

²⁹ Uma forma de utilizar o signo limite nesse sentido nos é fornecido por Lispector: “para o que estava ela se poupando? Era um certo medo da própria capacidade, pequena ou grande, talvez por não conhecer os próprios limites. Os limites de um humano eram divinos? Eram.” LISPECTOR, Clarice. *Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974, p. 40.

Na física, esse signo é utilizado para expressar o limite da elasticidade, ou seja, um determinado pico máximo de pressão que, se superado, causará deformações permanentes e perigosas numa peça. Ainda na física, o limite pode ser utilizado como o conteúdo máximo de um determinado recipiente. Por exemplo, o limite de um copo de água são 300 ml.

Muitas vezes, a palavra limite é utilizada no sentido de uma linha, seja real ou imaginária, que delimita ou separa algo que se deseja demarcar ou medir. Por exemplo, o limite de velocidade em determinada via é de 80 km por hora ou, em outro exemplo, diz que determinado ponto é a fronteira do país, ou seja, demarca o início e o fim de um território, separando-o de outro. O limite, nesse caso, é a divisão entre uma unidade territorial e outra, geralmente entre dois países.

Limite pode ainda se referir a prazo, espaço no tempo. No direito, é muito comum essa utilização, tendo em vista os inúmeros prazos preclusivos existentes nos Códigos de Processo Civil ou Penal. Nesse caso, um exemplo de limite temporal seria o último dia para o recorrente apresentar a sua apelação.

O signo limite pode indicar ainda o ápice, o mais alto grau de alguma coisa. Seria como, na vida acadêmica, assumir a cátedra de determinado curso, o que significa, para o acadêmico, atingir o grau máximo de sua atividade.

A palavra limite pode ainda ser usada em vários sentidos figurados, que variam de acordo com o contexto no qual ela está sendo utilizada. Nesses casos, não existe uma predefinição do sentido do signo.

Além disso, ela pode ser utilizada juntamente com outras palavras, em uma expressão, o que, ao final, acarreta um novo significado. Um exemplo seria a “Camada Limite Planetária”, que é a porção da atmosfera afetada pela presença da superfície terrestre, a qual é dominada pelo fenômeno da turbulência.³⁰

Na química, chama-se alotropia o fato de o mesmo elemento químico poder originar diferentes substâncias. Isso é muito comum no carbono, pois, do mesmo elemento, produzem-se grafita, fulereno ou diamante. Ocorre também com outros elementos, a exemplo do oxigênio (O₂). Ao se acrescentar mais uma molécula de oxigênio na fórmula original, forma-se o ozônio (O₃). Nesse sentido, o limite da

³⁰ MORAES, Osvaldo Luiz Leal de; ACEVEDO, Otávio Costa. *Camada Limite Planetária* - problemas com medições e interpretação de dados. 2004. Disponível em: <<http://www.abcm.org.br/app/webroot/anais/eptt/2004/portuguese/docs/cap4-cd.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

fórmula de oxigênio é o O_2 , pois, se aumentar o número de moléculas, ter-se-á formado uma nova substância.

Já nos processos físicos, se se afirma, por exemplo, que o limite de um determinado copo são 300 ml, isso significa que toda água que se acrescentar além desse limite irá transbordar, porém, diferentemente do que ocorre nos processos alotrópicos, não há surgimento de novo elemento. A água que transborda para o chão continua sendo água, não forma uma nova substância.

Não deixa de ser interessante a outra analogia possível com o conceito de limite já exposto na física, pois, caso o limite da mutação constitucional não seja respeitado, da mesma forma que ocorre com o limite da elasticidade, ela causará deformações duradouras no ordenamento jurídico. Aqui se utiliza duradouras e não permanentes, pois a correção pode (e deve) acontecer de modo formal ou informal (ou seja, por nova mutação, desta feita, claro, constitucional).

Na presente tese, utilizou-se a palavra limite apenas quanto a dois processos específicos, um físico e outro químico. Na mutação constitucional, o signo limite é no mesmo sentido do aplicado na química. Ao superá-lo, tem-se uma transformação substancial, que pode fazer com que a mutação constitucional pretendida gere, na prática, uma mutação inconstitucional. De toda forma, essa aproximação com a química é apenas em face da semelhança do efeito do fenômeno alotrópico, uma vez que, como na química, surge uma nova substância, a mutação que era constitucional transforma-se em mutação inconstitucional. Além disso, há uma semelhança com o sentido de limite usado pela física, pois a mutação inconstitucional acarreta sempre deformações duradouras no ordenamento jurídico.

O limite da mutação inconstitucional será sempre aqui utilizado com um sentido parecido com os fenômenos físicos, pois, nesses casos, visa-se limitar o seu surgimento. Esse limite, no entanto, não impossibilita que as mutações inconstitucionais ocorram, mas ele tenta restringi-las ao máximo, visando que elas permaneçam na esfera constitucional. Nesse aspecto, a palavra limite tem um sentido semelhante ao que tem na física, na qual ele visa, por exemplo, impedir que a água transborde do copo.

Porém, nos casos de superação desses limites, o que é possível, pois não se está utilizando o signo limite como sinônimo de intransponível ou insuperável, efetivamente, ter-se-á uma mutação inconstitucional, produzindo regulares efeitos como se constitucional fosse. Em suma, a água terá transbordado do copo, mas ainda assim é água.

É importante salientar que, para efeitos didáticos e metodológicos, optou-se, no presente trabalho, por adotar uma determinada classificação quanto às espécies de mutação constitucional, sendo que, a partir dessa classificação, aponta-se o limite ou os limites da mutação para determinada espécie. Todavia é fato que todos os limites aqui descritos também o são para as demais espécies de mutação constitucional, em maior ou menor intensidade, independentemente da espécie em que a mutação for catalogada. O que se pretendeu foi aproximar de determinada espécie de mutação constitucional aquele limite que mais incide, que prepondera, em face de determinada espécie de mutação.

Além disso, embora se parta de uma determinada classificação de mutação constitucional para então apontar limites, é fundamental ter em mente que não se está a defender que essa é a classificação correta do instituto, pois, como é notório, não existe classificação certa ou errada, mas sim útil e menos útil para algo. A classificação adotada é apenas uma das inúmeras formas de dividir o tema para melhor estudá-lo.

2.3 Os ciclos das mutações informais da constituição

Os ciclos das mutações constitucionais foram inicialmente estudados pela doutrina alemã, uma vez que foi lá que se iniciou toda a problematização e o aprofundamento das discussões doutrinárias sobre o tema. Contudo esse fenômeno, embora não nomeado da mesma forma, foi percebido e analisado em outras partes do mundo.

Nos EUA, a mutação constitucional foi abordada por meio da noção do “*living constitution*”, criada pela prática política e pela jurisprudência. A questão ganhou destaque a partir do caso *McCulloch v. Maryland* (1819), que serviu de alicerce para a teoria dos poderes implícitos.³¹

O construtivismo norte-americano sofreu forte influência do sistema do *Common Law*, pois, no universo anglo-saxônico, as mutações constitucionais já se misturavam, como continuam se misturando, com o direito costumeiro, com a interpretação judicial e com a criação do direito por essas vias.³²

MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. 2013. Disponível em: <<http://recil.ulusofoa.pt/handle/10437/5027>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³² Lawrence Tribe, ao analisar esse fenômeno, o nomeou de “Constituição invisível”, pois, ao lado de uma Constituição formal, visível, existe um arcabouço normativo de âmbito constitucional, todavia não

Todavia o objetivo do presente tópico é realizar uma análise dos três ciclos históricos da mutação constitucional ocorridos na Alemanha. Assim, analisar-se-á a mutação como um problema, como parte de um conceito dinâmico e como instituto limitado pela força normativa da Constituição.

Busca-se demonstrar que, embora os ciclos sejam bem delineados pela doutrina, atualmente, eles se misturam, sendo que os três ciclos se completam, formando um único e complexo ciclo, a depender da análise a ser realizada.

As mutações constitucionais começaram a ser estudadas no final do século XIX e início do século XX, por autores da escola Alemã de Direito Público. Inicialmente, vistas como um problema para os positivistas formalistas, pois eles começaram a perceber que ocorriam alterações das normas constitucionais, sem que houvesse uma alteração formal da Constituição.³³

A fim de entender melhor a doutrina da Escola Alemã de Direito Público, é necessário aprofundar no contexto histórico de que emergiu a Constituição do Império Alemão de 1871.

Fato é que nos séculos XVIII e XIX, a Europa viveu um cenário com fortes acontecimentos político-militares. Os efeitos da Revolução Francesa ainda eram sentidos no início do século XIX, pois, apesar da derrota da França pelas forças do Duque de Wellington em Waterloo, a ideologia dos revolucionários permaneceu viva, bem como a disseminação das ideias liberais continuaram a frutificar, mesmo depois da vitória das potências absolutistas.³⁴

A era da Restauração tem como marco o Congresso de Viena, realizado em 1815, que contou com a participação das principais potências europeias – Inglaterra, Áustria, Prússia e Rússia –, vencedoras da França, que se juntaram para articular ações contra os movimentos liberais.³⁵

Esse Congresso significou o renascimento do poder austríaco no território continental europeu, sendo que a Áustria ressurgia como expoente máximo da reação

contido em nenhum documento, mas oriundo da aplicação das normas constitucionais. Cf. TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 5.

³³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 105-135.

³⁴ GUEDES, Marco Aurelio Peri. Os direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, Buenos Aires, v. 3, n. 4, p. 125-138, 2009.

³⁵ *Ibidem*, p. 125-138.

absolutista. Surgiu, nesse período, em Viena, a Confederação Germânica, composta de 38 estados alemães, incluindo a Prússia.³⁶

A Áustria, a partir de 1835, em face da morte de Friedrich I, imperador austríaco, começou a perder o controle do seu território para os movimentos liberais. O seu sucessor, Fernando I, era visto como fraco, o que fomentou o surgimento de demandas por mais concessões políticas no poder das várias nacionalidades do Império Habsburgo. A Áustria não conseguia administrar os seus conflitos políticos internos, e crescia o descontentamento da população com a monarquia.³⁷

Nos estados alemães, o liberalismo político entrou em choque com o absolutismo, pois, ao contrário do austríaco, este era coeso e agregador. Na Prússia, que era o mais forte e bem organizado Estado Alemão, o Rei Friedrich Wilhelm IV foi obrigado a negociar com os súditos e, para conter a revolta, ele lhes prometeu a elaboração de uma Constituição.³⁸

Com o intuito de elaborar a prometida Constituição, o povo alemão elegeu representantes em todos os Estados da Confederação Germânica. Nascia aí o germe da unificação, nos termos do documento apresentado pela Assembleia Nacional, intitulado “Os direitos fundamentais do povo alemão”, sendo que a Áustria fora excluída do referido documento. O texto final foi aprovado em 27 de março de 1849, criando-se o Império Federal, com Parlamento Nacional, a ser presidido por um imperador hereditário dos alemães. Friedrich IV foi aclamado imperador pela Assembleia. Todavia, posteriormente, Friedrich IV renunciou à coroa, pois defendia que os fundamentos dos seus poderes tinham origens divinas e não democráticas.³⁹

Diante desses acontecimentos, em 1851, a Assembleia Federal de Frankfurt declarou nula a Constituição de 1849. Na Prússia, surgiu a Carta Prussiana de 1850, de natureza absolutista.⁴⁰

Em 1862, subiu ao trono prussiano Wilhelm I, que nomeou Otto von Bismarck para o cargo de chanceler da Prússia. No mesmo ano, um evento denominado “A Marcha da Unificação Alemã” toma grandes proporções e começa a influenciar os demais estados alemães.

³⁶ KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the XIX and XX Centuries*. New York: Longman, 1992, p. 207-208.

³⁷ *Ibidem*, p. 207-208.

³⁸ GUEDES, Marco Aurelio Peri. Os direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, Buenos Aires, v. 3, n. 4, p. 125-138, 2009.

³⁹ *Ibidem*, p. 125-138.

⁴⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 166.

Em 1864, teve início o processo de unificação alemã com a Guerra dos Ducados de Scheleswig-Holstein. A aliança formada pela Áustria, Prússia e outros pequenos estados alemães derrota a Dinamarca. No episódio de 1864 que ficou conhecido como a Paz de Viena, foram assinados tratados internacionais que determinavam que os Ducados seriam administrados conjuntamente pela Prússia e a Áustria. Em seguida, Bismarck lograria unir os estados alemães do norte. Faltava então unificar os estados alemães do sul, o que foi realizado em 1866, quando a Prússia derrotou a Áustria na batalha de Sadowa.⁴¹

Com a unificação dos estados do norte, criou-se a Confederação Germânica do Norte – *Norddeutschen Bundes* –, sendo elaborada por Bismarck a sua Carta Constitucional, que outorgou à nova Confederação, em 16 de abril de 1867. A Confederação foi concebida na forma de união federal, sendo o Rei da Prússia designado comandante militar e chefe do Poder Executivo.⁴² Embora o nome fosse de confederação, ela possuía fortes traços de uma federação, entre eles a limitação da soberania, pois, embora os estados conservassem autonomia administrativa, cabia apenas à Prússia a condução da política externa. Segundo Koch, “o Rei da Prússia não era um monarca federal, mas um presidente do *Bundesrat*”.⁴³

Com os estados do norte e do sul unificados entre si, bastava apenas completar o processo de unificação, o que foi concretizado com a expedição da Constituição de 1871.

É importante salientar que a Constituição de 1871 não foi fruto de um processo democrático, não foi elaborada por uma Assembleia Constituinte. Ao contrário, o texto da Carta Constitucional da Confederação Germânica do Norte de 1867, que tinha sido outorgado, foi revisado pelo novo Parlamento Nacional (*Reichstag*). A Carta Constitucional de 1871 do recém-fundado II Império Alemão entrou em vigor no dia 4 de maio de 1871. Pelo papel desempenhado por Bismarck na sua elaboração, esse documento ficou conhecido como “A Carta Bismarckiana de 1871”.⁴⁴

⁴¹ GUEDES, Marco Aurelio Peri. Os direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, Buenos Aires, v. 3, n. 4, p. 125-138, 2009.

⁴² *Ibidem*, p. 125-138.

⁴³ KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the XIX and XX Centuries*. New York: Longman, 1992, p. 207-208.

⁴⁴ KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the XIX and XX Centuries*. New York: Longman, 1992, p. 122.

Essas informações históricas demonstram que, durante a vigência da Carta de 1871, os autores da Escola Alemã tinham pouco contato com um regime democrático, sendo que estavam vivenciando um processo de transição, ainda inicial, de um regime absolutista para um regime liberal. Era natural que houvesse, no período, um forte descompasso entre a realidade política e o direito escrito vigente, uma vez que o poder, até período deveras recente, era manifestado de forma ilimitada e concentrado nas mãos do imperador.

A Escola Alemã de Direito Público defendia como metodologia a separação entre o direito e a política, logo cada matéria deveria ser estudada isoladamente, não competindo ao direito levar em conta os fenômenos políticos.⁴⁵ Ana Victoria Sánchez Urrutia destaca a contradição existente entre a metodologia defendida pela Escola e o fato de terem sido os seus membros quem iniciou os estudos que demonstram o contraste entre o descrito nas normas constitucionais e o funcionamento real do Estado Constitucional.⁴⁶

Esse descompasso entre a realidade e a Constituição chamou a atenção dos autores ligados à Escola Alemã de Direito Público, pois perceberam e estudaram que a realidade social alterava a Constituição informalmente, ou seja, à margem dos processos formais de reforma. Isso era visto como um grande problema, pois a Constituição daquele período não só era escrita, como também previa um mecanismo específico, mais dificultoso do que o procedimento de alteração de uma lei ordinária para a sua reforma. Todavia eles verificaram que, apesar da rigidez constitucional, ocorriam várias alterações informais⁴⁷ que simplesmente modificavam a Constituição então vigente, o

⁴⁵ Sobre o tema, Cf. VILLARROYA, Joaquín Tomás. La dirección dogmática en el derecho político. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 79, p. 67-89, ene./abr. 1976 e ROYO, Javier Pérez. El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 1, p. 67-97, 1975.

⁴⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 105-135.

⁴⁷ Os doutrinadores da Escola Alemã de Direito Público incluíam como alteração informal a publicação de leis ordinárias que desrespeitavam o contido na Constituição. Sobre o tema, cf. JELLINEK, Georg; *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 42; SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 85 e LABAND, Paul; RÖNNE, Ludvig. *Staatsrecht des deutschen Reichs*. Bd. II. 1878, *apud*, DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 37.

que fatalmente enfraquecia a sua força normativa, pois a Norma Maior deixava de ser obrigatória.⁴⁸

Em face dessas constatações, os autores ligados à Escola Alemã passaram a criticar os mecanismos que seriam responsáveis pela garantia da preservação da Norma Constitucional. Como aponta Urrutia, os autores desse período começaram a duvidar se a rigidez constitucional era suficiente para assegurar a força normativa da Constituição.⁴⁹

O fato é que, na Europa, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América, onde a Constituição foi vista com força obrigatória desde o início, a força normativa da Constituição foi regra durante o movimento do constitucionalismo liberal, todavia perdeu a sua força normativa durante o estágio intermediário das constituições flexíveis, sendo que, no período ora analisado, a obrigatoriedade da observação das normas constitucionais voltava a ressurgir na Europa, embora ainda com certa timidez,⁵⁰ uma vez que não possuía instrumentos para garantir a sua cogência.⁵¹

Segundo estudo elaborado por Ana Victoria Sánchez Urrutia, foi Paul Laband quem primeiro estabeleceu uma distinção entre “reforma constitucional”

⁴⁸ A rigidez constitucional, nesse período, era um dos fundamentos para que o instituto da mutação constitucional emergisse, pois, caso a Constituição fosse flexível, muitos dos “problemas” apontados pela doutrina desse período deixariam de existir, já que se tratava de alterações Constitucionais perpetradas pela legislação ordinária, salientando que nesse período, na Alemanha, ainda não existia o controle de constitucionalidade. O outro fundamento era a compreensão de que a Constituição tinha alguma força normativa, não era mera intenção política, como defendia Ferdinand Lassale. O conceito de força normativa, diferentemente do que os autores pós-positivistas ensinam, não surgiu na Europa e no mundo a partir da Segunda Guerra Mundial, com a aula inaugural de Konrad Hesse, em Freiburg. Ao contrário, o tema não só não era desconhecido, como de fato já tinha sido objeto de estudos de Carré de Malberg e de Kelsen, apenas a título de exemplo, mas, de fato, o conceito era enfraquecido pela ausência de mecanismos de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que “outra ‘descoberta’ do pós-positivismo é a força normativa da Constituição veja-se que isso aparece como ‘marco teórico do neoconstitucionalismo’ com a obrigatória referência a Konrad Hesse. Ou seja, a obrigatoriedade das normas constitucionais nasceria na Europa apenas na segunda metade do século passado; antes essas normas eram vistas como meramente políticas e sem força cogente. Isso não espelha a realidade. São incontáveis os europeus que antes da II Guerra sustentaram a força normativa da Constituição, além da sua supremacia. O que faltavam eram os meios de efetivação de sua cogência”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 2, n. 1, p. 101-118, 2011.

⁴⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 105-135.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 105-135.

⁵¹ Essa submissão ou falta de poder para fazer prevalecer as normas constitucionais foi apontada por Jellinek como uma das causas da mutação constitucional. Sobre o tema, Cf.: “las decisiones de éstas (autoridades administrativas) pueden controlarse judicialmente mediante las instituciones de la jurisdicción administrativa, pero hay bastantes casos en los que no existen controles jurídicos de la administración”. JELLINEK, Georg; *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 20.

(*Verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*).⁵² Os dois conceitos já foram absorvidos pela doutrina moderna, sendo que a essência da diferença estaria na vontade de se efetuar a alteração. A reforma se caracterizaria pelo ato formal de alteração do texto, enquanto a mutação ocorreria toda vez que o significado ou sentido da Constituição fosse alterado, sem que houvesse uma alteração formal do texto.

Jellinek também adota a intenção como critério para distinguir a mutação da reforma constitucional. Segundo ele, o que caracteriza a mutação é a falta de consciência do efeito da mudança.⁵³

Por reforma da Constituição entende-se a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição entende-se a modificação que seja inofensiva ao texto, sem modificá-lo formalmente e que se produz por fatos que não são acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação.⁵⁴

Quando Laband e Jellineck analisaram o tema pela primeira vez, verificaram várias situações que, aparentemente, eram interpretadas de uma forma e, muitas vezes, logo em seguida, eram alteradas por novas interpretações ou eram modificadas pelo surgimento de novas legislações com novas determinações que até então eram tidas como inconstitucionais.⁵⁵

Ocorre ainda que Hsü Dau-Lin reportou vários casos⁵⁶ nos quais o sentido consolidado da norma foi alterado por meio de evoluções jurisprudenciais lentas e, em face, ainda, da alteração de significados na sociedade dos termos empregados nas

⁵² URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 105-135.

⁵³ JELLINECK, Georg; *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 7.

⁵⁴ “Por reforma de la constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”. *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ “Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación.” *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶ Apenas a título de ilustração, colacionam-se os seguintes exemplos fornecidos por Hsü Dau-Lin: “a iniciativa imperial”, “membros suplentes para o *Bundesrat*”, “os comitês parlamentares nos EUA”, “o direito de dissolução do Presidente da República Francesa” e a “cláusula Franckenstein”. DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 32-45.

normas constitucionais ou mesmo em face da realidade constitucional versus a Constituição formal.

Essas alterações lentas do sentido da norma eram vistas como um obstáculo, sendo que os opositores do positivismo aumentavam o problema ao defenderem a tese de que, para o positivismo oitocentista, a norma devia ser interpretada segundo a vontade do legislador, pois era ato de conhecimento, logo cabia ao legislador determinar o sentido dela.⁵⁷ Todavia esse falso dilema foi facilmente superado, em momento posterior, por Kelsen, ao defender que interpretação é um ato de vontade. Isso ocorreu sem que o positivismo fosse destruído; o que se superou foi apenas a vertente do positivismo formalista.

Gerber e Laband defendiam a utilização exclusiva do método jurídico formalista, com a exclusão dos elementos históricos, sociológicos, econômicos e éticos no âmbito do direito público.⁵⁸

O sentido de a norma mudar pela via interpretativa, apesar de o texto permanecer inalterado, realmente seria um problema para aqueles que adotassem a teoria da interpretação como ato puro de conhecimento. Todavia não há problema se se aceitar que a interpretação é ato de vontade, logo o problema, nesses casos, restringir-se-ia mais à instabilidade jurídica do que a um problema jurídico sem solução. No entanto os demais casos apontados de descompasso entre a realidade e a norma realmente eram um problema sem solução. Tanto assim o é que Jellineck concluiu que as proposições jurídicas são incapazes de dominar, efetivamente, a distribuição do poder

⁵⁷ Essa visão reducionista do positivismo é defendida normalmente por autores contrários ao positivismo, que tentam “vender” uma imagem distorcida do instituto para, em seguida, apresentar uma nova solução que superaria essa corrente. A título de exemplo, cf. Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos: “Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto”. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (Orgs.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118. Em sentido contrário, cf. Hans Kelsen: “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. E continua: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva”. Hans Kelsen defende, ainda, que “a interpretação autêntica, e isso inclui aquela realizada pelos juizes, é sim fonte do direito”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-394.

⁵⁸ SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

estatal, aduzindo ainda que as forças políticas reais operam segundo as suas próprias leis, que atuam independentemente de qualquer forma jurídica.⁵⁹ É importante salientar que os únicos processos apontados por esses autores que não são abarcados pela teoria moderna da interpretação, portanto permanecem como um problema, são os casos de mutação da Constituição por uma prática inconstitucional, uma vez que esses atos superam o texto constitucional. Em todos os demais, não há discrepância entre o texto e a realidade.

Assim, percebe-se que não há espaço para se falar em mutação como um problema nos casos de normas não isomórficas nem mesmo nos casos em que se operou uma interpretação evolutiva dos termos. Nenhum desses problemas persiste, pois essas alterações estão dentro do limite textual, são mero ato de interpretação. Todavia as quebras da Constituição ou mutações inconstitucionais que já eram e ainda são vistas como um problema, uma vez que o texto é vilipendiado ou simplesmente afastado, permanecem sem solução. É praticamente impossível conciliar a força normativa da Constituição com o fenômeno da mutação inconstitucional.

Até o presente momento, restaram claros os motivos pelos quais a mutação era vista como um problema para a corrente formalista, entretanto ainda se deve explicar o que significa problema para essa corrente. Em suma, a questão que remanesce é: por que a mutação constitucional era vista como um problema para essa corrente? Ocorre que esses doutrinadores apenas conseguiram dar uma resposta fática ao fenômeno, eles perceberam que ela existia, mas não conseguiram fundamentar juridicamente as razões para a incorporação dessas alterações fáticas ao ordenamento jurídico.⁶⁰ Eles verificaram que as normas jurídicas são incapazes de dominar a distribuição do poder político. Nesse cenário, emerge o problema de como justificar essas alterações perpetradas dentro de uma visão formalista, que só admitia alterações pelas vias formais.

É fácil visualizar que a superação da visão da Escola Alemã de Direito Público não ocorreu pela corrente moderna da interpretação, mas sim por autores que viam essas alterações informais como parte de um conceito dinâmico de Constituição. O

⁵⁹ JELLINEK, Georg; *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú.. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 84.

⁶⁰ “Las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal”. [...] “Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independentemente de cualquier forma jurídica. *Ibidem*, p. 84.

que possibilitou superar o formalismo defendido por essa Escola foi justamente a aceitação de que essas alterações informais também eram fontes do direito.

A mutação era vista por Jellineck e Laband como um contraste entre as normas jurídicas escritas e a situação real, uma vez que esses autores apenas reconheciam como válidos os atos de reforma constitucional. Essa visão restritiva é criticada por Paulo Bonavides que afirma que essa redução “sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado ‘espírito da Constituição’, de natureza dinâmica e flexível”, uma vez que ela só admite a introdução de novos preceitos pela via formal.⁶¹

No período entre as duas guerras mundiais, houve uma forte objeção ao formalismo jurídico.⁶² Na Alemanha, alguns autores como Smend e Heller transformaram a mutação constitucional num dos elementos da Teoria da Constituição.⁶³ Em suma, o que era visto como um problema para os formalistas passou a ser interpretado como uma das fontes do direito constitucional. Esse novo ciclo da mutação constitucional tem como marco teórico a Constituição de Weimar de 1919, que tem como finalidade efetivar um acordo recíproco entre duas correntes opostas, o capitalismo e o marxismo.⁶⁴

É fato que esse período entre guerras foi marcado por uma forte instabilidade política, que acarretava mudanças na Constituição. Os teóricos desse período centraram esforços para estabelecer uma conexão entre a dinâmica política e a Constituição escrita.

Heller, influenciado pelas teorias de Lassale, defendia que a Constituição material é determinada pelas relações reais de poder, mas que essas relações estão em constante movimento, alterando a normatividade constitucional.⁶⁵

Pelo sistema defendido por Heller, a Norma Constitucional pode transformar-se de maneiras distintas, seja pela evolução interpretativa de um determinado princípio, seja pelas mutações constitucionais que substituem determinado

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 173.

⁶² Na França, por exemplo, houve forte influência do sociologismo jurídico de Duguit que se apresentava como alternativa ao estado estático e dogmático do direito constitucional. Sobre o tema, cf: DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: De Boccard, 1930, p. 83-107.

⁶³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 106.

⁶⁴ Sobre o tema, cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 198.

⁶⁵ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Traducción de Luis Tobío. 7. reimpresión. México: FCE, 1981, p. 268.

ato normativo pela nova realidade então vigente. Atualmente, não há razões para distinguir os dois institutos, isso ocorria à época, pelo fato de a doutrina dominante do período entre guerras entender que os princípios não eram normas. Heller, por exemplo, entendia que os princípios compunham a parte da Constituição que não tinha força normativa.⁶⁶

Um exemplo, citado por Heller, para demonstrar como uma Constituição pode transformar-se pela evolução interpretativa de um princípio, é o do princípio de que todos são iguais perante a lei. Pois, apesar de todas as Constituições democráticas o reconhecerem expressamente, nenhuma delas esclarece o que deve ser considerado igual ou desigual. Dessa forma, a aplicação do mencionado princípio varia de ordenamento para ordenamento, sendo que, em alguns, o princípio da igualdade é apenas aplicado para os homens e em outros é aplicado para as pessoas de ambos os sexos.^{67 68}

Na mesma linha, Smend descreve a Constituição como um ente dinâmico, em constante movimento, que interage continuamente com a realidade política.⁶⁹ Hsü Dau-Lin utiliza o conceito de Smend para ordenar de forma sistêmica todas as possibilidades nas quais podem produzir-se mutações constitucionais.⁷⁰

Smend cria a teoria dinâmica da Constituição, a partir de uma nova perspectiva sobre filosofia do Estado e da teoria do Estado. Ele introduz na teoria constitucional o método científico-espiritual e baseia-se na filosofia de Theodor Litt acerca de uma teoria geral das ciências do espírito. Dessa forma, Smend questiona toda a escola dos positivistas formalistas, que viam a validade da norma jurídica apenas pelo seu parâmetro lógico-formal.⁷¹

⁶⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁶⁷ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Traducción de Luis Tobío. 7. reimpresión. México: FCE, 1981, p. 271.

⁶⁸ “El que la permanencia de la norma pueda ser armonizada em el cambio ininterrumpido de la realidad social, de debe, em gran parte, a que la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transforándose em la corriente imperceptible de la vida diária. Mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable o texto del precepto jurídico, su sentido experimente uma completa revolución, aunque quede salvaguardada la continuidad del derecho ante los miembros de la comunidad jurídica”. *Ibidem*, p. 277.

⁶⁹ “El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad dela vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente em duda.” SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62.

⁷⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 106.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 178-179.

Da mesma forma, o Estado não é um fenômeno natural que deva ser contrastado, mas sim “uma realização cultural que como tal realidade da vida do espírito é fluída, necessitada continuamente de renovação e mudança, posta continuamente em dúvida”.⁷² A única maneira de conceber a existência do Estado é incluí-la na realidade espiritual, como parte de um processo dinâmico, como forma espiritual coletiva.⁷³ O Estado é continuamente renovado, esse processo é nomeado por Smend de “integração”.

Assim, o indivíduo é o núcleo constitutivo do Estado, mas sua vinculação apenas pode ser explicada a partir de sua natureza dialética. A realidade estatal não pode ser explicada isolada do indivíduo ou sobre a base de uma noção finalística do Estado.⁷⁴

Vários constitucionalistas já observaram essa força dinâmica da Constituição,⁷⁵ uma vez que as normas constitucionais dependem intimamente da evolução social, política e cultural de cada país, a fim de superar as “vicissitudes constitucionais”,⁷⁶ que são uma tentativa de adaptar a Constituição à realidade social do momento, visto que continuamente a sociedade está em um processo de transformação e de automodificação. Além disso, uma sociedade em mudança também compõe o direito, e este, ao mesmo tempo, também a influencia.

Existe uma separação entre Constituição e sociedade, uma vez que ambas caminham de forma autônoma, em passos diferentes, porém não de forma totalmente independente, uma vez que se integram mutuamente.^{77 78}

⁷² SMEND, *op. cit.*, p. 62.

⁷³ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 61.

⁷⁴ “Así, el individuo es el núcleo constitutivo del Estado pero su vinculación sólo puede ser explicada partiendo de su naturaleza dialéctica. La realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre a la base de una noción finalista del Estado”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 120.

⁷⁵ José Carlos Vieira de Andrade, por exemplo, incorpora a força dinâmica da Constituição ao conceituar a Constituição “não como uma pura manifestação de poder que se perpetue. Na sua rigidez formal, ela tem uma intenção integradora e a sua função principal é a criação e a manutenção contínua da unidade política e da unidade do ordenamento jurídico – intenção é tarefa que só se cumpre através da ligação constante à realidade do momento presente”. ANDRADE, Jose Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 122.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Tomo IV, p. 109-110.

⁷⁷ CORRÊA, Daniel Marinho. Parâmetros para a mutação constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9854&revista_caderno=9>. Acesso em: 5 jul. 2015.

⁷⁸ Sobre o tema, cf. “O Direito também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da

Dessa forma, fica claro que o segundo ciclo superou o problema apresentado pelos formalistas da Escola Alemã de Direito Público por meio da incorporação desses processos informais de alteração da Constituição ao ordenamento jurídico, uma vez que, para eles, essas alterações compunham a parte dinâmica da Constituição, que, juntamente com a parte estática, o texto, configura a Norma Constitucional de um país. O autor que melhor esquematiza as mutações constitucionais no segundo ciclo é Hsü Dau-Lin.

O problema dessa corrente é que a Constituição escrita se transforma em uma simples folha de papel, sem força normativa para se impor perante a realidade social de determinado tempo e lugar. Em suma, resolve-se um problema jurídico de como incorporar essas novas normas, mas cria-se um novo, pois não se explica como essas alterações convivem num sistema cuja Constituição seja formal e rígida.

O terceiro ciclo surgiu justamente para limitar as alterações informais, com intuito de fazer prevalecer as normas constitucionais escritas em face da realidade fática. Os doutrinadores desse ciclo não negam o papel da realidade fática, mas restringem o seu espaço de atuação como complementar da norma ou, ainda quando a altere, o âmbito dessa alteração não pode desrespeitar o texto.

O principal teórico do terceiro ciclo foi Konrad Hesse. Todos os doutrinadores atuais que fundamentam a força normativa da Constituição como fator limitador das alterações constitucionais perpetradas pela realidade fática utilizam seus escritos ou são inspirados por eles.

Konrad Hesse não afasta do conceito de norma a realidade social,⁷⁹ ao contrário, ele a incorpora da mesma forma que os teóricos do segundo ciclo o fizeram. Não só isso, ele utiliza os ensinamentos de Heller para justificar que a realidade altera ou modifica a norma constitucional. Hesse admite que o ser influencie o dever-ser e vice-versa, desde que isso não afronte a norma, ao contrário, complemente-a. A norma

própria Sociedade, a partir de programas e planos”. FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 35.

⁷⁹ “A Constituição juridicamente normativa nunca se compõe apenas de normas emanadas do Estado, mas sim, para sua vigência, necessita do complemento de elementos constitucionais não normativos e dos normativos extrajudicialmente. A normalidade social, que encontra expressão nos princípios jurídicos, se modifica, sem embargos, no fluxo imperceptível do cotidiano. Assim se opera uma lenta evolução das normas, podendo ocorrer que o sentido dessas, apesar de inalterado o texto, sofra uma completa revolução. Os princípios jurídicos supõem assim a via de penetração diária da realidade social positivamente valorada na normatividade estatal. Estabilidade e capacidade de adaptação da normatividade diante da normalidade advêm possíveis e toda a Constituição estatal é compreendida como “forma cunhada viva e em evolução”. HESSE, Konrad. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 108.

não é apenas dever-ser. Ele, fundamentado em Heller,⁸⁰ entende que uma norma objetiva não pode prevalecer, anulando uma realidade social nem a realidade social deve cancelar a norma objetiva. Hesse apela para que haja uma conciliação entre as duas, de forma a obter a máxima efetividade das duas normas.

O grande mérito de Konrad Hesse foi estabelecer um limite objetivo às mutações constitucionais, e esse limite é o texto. O texto não pode ser ignorado, ele tem força normativa, logo, caso se choque com a realidade social, ele tem o condão de modificar essa realidade que não esteja de acordo com as suas disposições. Todavia Konrad Hesse não desconhecia a interferência das forças sociais no texto, pelo contrário, ele defendia que um influencia o outro, porém um não pode anular o outro, eles têm que conviver harmonicamente, logo a realidade social não pode transformar a Constituição em mera folha de papel.

Konrad Hesse foi pupilo de Rudolf Smend, daí a forte influência dos doutrinadores do segundo ciclo na sua obra, porém o momento histórico vivido por Hesse o ajudou a observar que muitos dos problemas apontados pelos formalistas do primeiro ciclo já estavam superados com o surgimento do controle de constitucionalidade na Alemanha.

Fato é que, após a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental) e República Democrática da Alemanha (Alemanha Oriental). Em 1949, a República Federal da Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, que, apesar de ter um caráter temporário, para não ameaçar a almejada unificação alemã, vigorou “temporariamente” até 1990, sendo que, com a unificação da Alemanha, deixou de ter caráter provisório. Ocorre que a Lei Fundamental de Bonn criou o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que detém, dentre outras competências, o monopólio da declaração de inconstitucionalidade de leis federais.⁸¹

A criação de um tribunal com força de afastar as normas publicadas por outro poder em dissonância com a Constituição Federal aumentou, significativamente, a força normativa da Constituição e solucionou um problema que fora frequentemente

⁸⁰ “Heller destacou expressamente que a ‘tensão’ entre ser e dever ser não há de ser entendida nunca de modo unilateral, nem pelo lado normativo, nem pelo lado da realidade social. A mutação constitucional encontra seu limite na normatividade da Constituição. Esse limite, sem embargo, segue sendo genérico e difícil de precisar, tampouco se aportam pontos de apoio que permitam uma concretização”. *Ibidem*, p. 108.

⁸¹ GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume262/06.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

observado pelos formalistas, que era a edição de atos normativos contrários à Constituição Federal, ou seja, a alteração da Constituição por leis ordinárias que vinculavam os aplicadores do direito. A criação de um sistema de controle de constitucionalidade desamarra as mãos do poder judiciário e fortalece a Constituição Federal em face de algumas espécies de reforma e de mutação da Constituição.

No entanto a solução apontada por Hesse não blindava, por completo, a Constituição, pois o que ele fez foi dividir em dois grupos distintos as mutações constitucionais: o primeiro, ele nomeou de “mutação constitucional”, que nada mais é do que as alterações informais do texto constitucional que respeitam o limite textual, ou seja, são alterações que não afrontam a Norma Maior; a segunda espécie ele nomeou de “quebra da Constituição”. Essas quebras seriam as alterações perpetradas na Constituição e que, de alguma forma, anulariam as suas disposições expressas. Em suma, seriam os casos em que a realidade, ou as fontes reais de poder, prevaleceria em face da norma constitucional.

As quebras da Constituição devem ser evitadas. Ocorre que Konrad Hesse admitiu que elas de fato aconteciam, mas não soube apontar uma forma de limitá-las. Em suma, a quebra da Constituição é uma ponte que liga o terceiro ciclo com o primeiro, uma vez que a mutação inconstitucional continua sendo vista como um problema insolúvel para os doutrinadores do terceiro ciclo. Fato é que o problema persiste e os sistemas de controle de constitucionalidade não foram suficientes para fulminá-lo, pelo contrário, eles podem, inclusive, legitimá-lo, como ocorre nos casos em que a mutação inconstitucional é oriunda do Tribunal Constitucional ou tenha o seu aval.

2.4 Originalismo ou textualismo: uma mutação às avessas?

Interessante também mencionar um movimento crescente, a partir da década de 1960, nos Estados Unidos, denominado “textualismo”, que tinha como seu principal expoente o Juiz da Suprema Corte Antonin Scalia. Essa corrente defende que o propósito de uma Constituição é restringir a gama de opções possíveis para as futuras gerações pelos mandamentos constitucionais consagrados ou pelas proibições de arranjos institucionais e práticas das gerações dos constituintes. Com esse propósito, a Suprema Corte deveria interpretar a Constituição de acordo com o significado original

da linguagem constitucional empregada.⁸² Ou seja, deveria o intérprete captar não só a vontade do legislador, interpretação histórica, mas ir além, compreender o sentido do signo descrito no texto, de acordo com o seu significado vigente à época dos constituintes. O Originalismo é um movimento que surgiu em resposta ao ativismo da Suprema Corte norte-americana nas décadas de 1960 e 1970,⁸³ embora os originalistas sustentem que os germes dessa corrente já estavam contidos na obra *Federalista nº 78*.⁸⁴

Fato é que o raciocínio originalista sempre se manteve em confronto histórico com a doutrina do *Living Constitution*. Segundo Howard Gillman, nos séculos XVIII e XIX, a posição dominante era de que, ao interpretarem a Constituição, os juízes eram obrigados a observar o entendimento original de seus dispositivos.⁸⁵

As alegações de Howard Gillman são reforçadas pelo posicionamento da Suprema Corte no caso *South Carolina v. United States* (1905), que consignou que o sentido da Constituição não se altera.⁸⁶

Efetivamente, Scalia e os demais originalistas não negam a mutação constitucional, o que almejam é acabar com seus efeitos. Eles assumem que há forças misteriosas que alteram o significado das palavras e o sentido dos textos. Reconhecem ainda que essas mudanças não são imediatas, mas dependem de um decurso significativo de tempo. Portanto o que eles pretendem é proibir essas alterações; assim, a Constituição se manteria estática, pois o sentido original da norma seria preservado.

⁸² “There will be disagreement as to how that original meaning applies to new and unforeseen phenomena.... But the difficulties and uncertainties of determining original meaning and applying in to modern circumstances are negligible compared with the difficulties and uncertainties of the philosophy which says that the Constitution changes, that the very act which it once prohibited it now permits, and which it once permitted it now forbids; and that the key to that change is unknown and unknowable”. SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of united states federal courts in interpreting the constitution and laws. *Tanner Lectures on Human Values*, v. 18, p. 77-122, 1997.

⁸³ MORALES, Cesar Mecchi. *Originalismo e interpretação constitucional*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2011, p. 35. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042012-161140/pt-br.php>>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁸⁴ “Não pode ter valor dizer que os tribunais, sob o pretexto de desacordo com qualquer lei, podem substituir pelo seu bel-prazer as intenções constitucionais da legislatura. [...] Os tribunais devem esclarecer o sentido da lei, se estiverem dispostos a exercer a vontade em lugar do julgamento, a consequência será também a substituição pelo seu bel-prazer do bel-prazer do corpo legislativo”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. 2. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 687.

⁸⁵ GILLMAN, Howard. The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution. In the Course of American State-Building. *Studies in American Political Development*, v. 11, n. 2, p. 191-247, Oct. 1997.

⁸⁶ Consta no voto do juiz David Brewer: “A Constituição é um documento escrito. De tal modo, seu sentido não se altera. O que significava quando adotada, é o que significa atualmente”, segundo Dennis Goldford, esse voto é considerado o percussor do Originalismo. GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the debate over originalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 93.

O significado da Constituição, para Scalia, é prevenir mudanças, é cravar certos direitos de tal maneira que futuras gerações não possam facilmente jogá-los fora.⁸⁷ Esses direitos e instituições seriam patrimônio para futuras gerações, que os teriam herdado com a obrigação de preservá-los para seu benefício próprio e das gerações vindouras.

O fato é que o grande dilema do constitucionalismo é impedir que direitos consagrados de uma sociedade sejam revogados por uma maioria legislativa contemporânea. Por essa razão, muitos desses direitos são elencados como fundamentais, a fim de proteger as gerações futuras das ditaduras da maioria.

Porém restringir os direitos de futuras gerações, sem uma razão extraordinária, não pode ser a prática de um modelo constitucional, sob pena de acarretar fortes injustiças, pois as futuras gerações têm o direito de decidir por si mesmas quais os valores a serem preservados, quais devem ser mudados ou mesmo abolidos.

Além disso, sempre que se fala em mudança ou mesmo abolição de algum direito, pensa-se, imediatamente, numa maioria reprimindo uma minoria, mas esquece-se de que muitos dos direitos abolidos significaram uma evolução da humanidade. Assim ocorreu, por exemplo, com o fim da escravidão e com o absolutismo da propriedade.

É evidente que o direito de as futuras gerações alterarem os direitos instituídos por outra geração não pode ser visto de uma forma absoluta, pois as futuras gerações são obrigadas a considerar as consequências dos seus atos, principalmente, em face das gerações seguintes que os herdarão.

Thomas Jefferson e James Madison trocaram cartas entre 1789 e 1790 e, numa dessas cartas, datada de 6 de setembro de 1789, Jefferson argui se uma geração teria o direito de vincular as gerações futuras.⁸⁸ Jefferson responde que essa autoridade não deve existir, ele considera evidente que “a terra pertence ao usufruto dos que estão vivos” e que os mortos não têm nenhum poder sobre os vivos.⁸⁹ É evidente, para Jefferson, que nenhuma sociedade pode fazer uma Constituição perpétua ou mesmo uma lei eterna.

⁸⁷ SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of united states federal courts in interpreting the constitution and laws. *Tanner Lectures on Human Values*, v. 18, p. 77-122, 1997.

⁸⁸ JEFFERSON, Thomas. *To James Madison, Paris, September 6, 1789*. Letter Eletronic. Disponível em: <<http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=JefLett.sgm&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=81&division=>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁸⁹ *Ibidem*.

Madison, por sua vez, aceitou com parcimônia os argumentos de Jefferson. Vale lembrar que Madison foi um dos principais arquitetos da Constituição americana. Ele expôs uma posição mais flexível do que a defendida por Jefferson, mas ainda assim defendia o direito de uma futura geração alterar os direitos instituídos por uma anterior.

Muitos dos argumentos aqui apresentados referem-se a modificações formais da Constituição, sendo que, em princípio, a mera possibilidade de permitir que a Constituição seja formalmente alterada, por si só, já resolve muitos dos problemas levantados por Jefferson. Todavia a velha discussão de Madison e Jefferson persiste quando se adentra o âmbito da interpretação das normas constitucionais pelos juízes, pois uma postura originalista ou uma postura realista afeta diretamente o ordenamento Constitucional vigente.

Porém é fato que o originalismo tenta restringir comportamentos ativistas dos tribunais constitucionais. Bork critica duramente a politização das decisões da Suprema Corte, defendendo limites a *judicial review of legislation* e discutindo a legitimidade do instituto.

Bork, ao analisar o caso *Dred Scott*,⁹⁰ no qual a Suprema Corte julgou inconstitucional a norma por violar a propriedade privada do proprietário do escravo, com fulcro na Quinta Emenda, que consagra um *substitutive due process*, critica essa decisão pelo fato de ela não ter nenhum respaldo no texto, como também cita outras decisões desastrosas que fundamentaram a inconstitucionalidade de uma norma com base na Quinta Emenda, como o caso *Lochner vs. New York*. Nesse, a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia limites mínimos e máximos de trabalho em certas áreas da indústria no Estado de Nova York.⁹¹

Vários outros casos famosos foram decididos com base nos mesmos argumentos. Em alguns, o acerto e a justiça da decisão são até hoje reconhecidos, como o famoso caso *Brown vs. Board Education*; em outros, o tema ainda é controverso, como em *Roe vs. Wade*. Nesse, a Suprema Corte reconheceu o direito das mulheres ao aborto e à interrupção da gravidez. Porém Bork defende que essas decisões que extrapolam os limites delimitados pela Constituição são autoritárias, sendo que a sua legitimidade repousa apenas na concordância da elite intelectual da época com o seu

⁹⁰ Nesse caso, a Suprema Corte analisou se um escravo poderia ser reconhecido como cidadão norte-americano pelo fato de ter ingressado num Estado que tinha abolido a escravidão.

⁹¹ ESTEVES, João Lemos. O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263.

resultado. Bork aduz que essas decisões sem o menor fundamento no texto, quando injustas e equivocadas, são a prova viva de que os juízes, quando exercem o seu poder de forma ilimitada, podem cometer as maiores atrocidades, sendo que, nesses casos, a população não tem mais ninguém a quem recorrer.⁹²

O originalismo não é compatível com as mutações constitucionais, pois apresenta como premissa o respeito pela intenção original dos pais fundadores que só admite as alterações formais realizadas pelo poder constituinte derivado. De toda forma, é irônico que o próprio Bork tenha sido o causador de uma mutação constitucional. Isso porque o papel do senado na indicação dos membros da Suprema Corte foi fortemente alterado a partir da sua indicação à Suprema Corte. Bork foi um importante jurista norte-americano da segunda metade do século XX. Professor em Yale, referência no direito concorrencial, *Solicitor General* na administração de Richard Nixon, juiz da Corte Federal de Apelação para o Distrito de Columbia e um dos principais e pioneiros teóricos do originalismo.⁹³

Contudo o seu notório saber jurídico em momento algum foi objeto de análise pelo Senado Federal. A sua indicação para a Suprema Corte foi objeto de controvérsias meramente políticas. Ted Kennedy fez duras críticas ao seu nome:

A América de Robert Bork é uma terra em que as mulheres seriam forçadas a abortos em becos, negros sentariam em refeitórios segregados, uma polícia selvagem poderia arrombar as portas dos cidadãos em batidas à meia-noite, as crianças nas escolas não poderiam ser ensinadas sobre a teoria da evolução, escritores e artistas poderiam ser censurados ao capricho do Governo e as portas dos tribunais federais seriam fechadas nos dedos de milhões de cidadãos para quem o Judiciário é – e geralmente é o único – protetor dos direitos individuais que estão no coração da nossa democracia.⁹⁴

Essas palavras foram o estopim de uma grande campanha do Partido Democrata e de diversos grupos de interesses da sociedade americana contra a indicação de Bork. Fato é que o papel do Senado foi alterado significativamente após o processo de indicação de Bork, pois a avaliação dos candidatos, que antes se restringia ao conteúdo abstrato daquele contido na Constituição da Filadélfia, na seção dois de seu artigo segundo, que apenas menciona “conselho e consentimento” do Senado, foi

⁹² BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Simon and Schuster, 2009, p. 31-34.

⁹³ HORBACH, Carlos Bastide. *O legado Bork e o papel do Senado nas indicações para a Suprema Corte*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/analise-constitucional-legado-bork-papel-senado-indicacoes-suprema-corte>. Acesso em: 9 jan. 2017.

⁹⁴ O trecho mais conhecido do discurso pode ser visto em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oNaasFvvFIE>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

extremamente concretizado, pois, como ensina Carlos Horbach, anteriormente a Bork, o papel do Senado se restringia à análise da aptidão judicial do candidato:

Na análise das indicações para a Suprema Corte, o Senado acabou definindo um critério de “aptidão judicial” (*judicial fitness*), que tradicionalmente compreende a verificação da competência intelectual do candidato e a investigação de seu perfil ético, tanto em aspectos pessoais quanto profissionais. Em síntese, a chamada “aptidão judicial” se traduz, para utilizar palavras mais próximas ao constitucionalismo brasileiro, em notável saber jurídico e reputação ilibada.⁹⁵

No caso de Bork, o Senado não fez questionamento algum relacionado à sua “aptidão judicial”; não se discutiu a sua capacidade jurídica, muito menos foi levantado qualquer fato que colocaria em dúvida os seus padrões éticos a ponto de manchar a sua reputação. Apesar disso, o seu nome foi recusado. Na verdade, a sabatina de Bork “incluiu um novo critério a ser avaliado nas indicações para a Suprema Corte: a filosofia judicial do candidato, ou seja, sua compreensão acerca da posição institucional do Poder Judiciário e sua opinião sobre as questões controvertidas que povoam as pautas dos tribunais”.⁹⁶ Esses novos quesitos não encontram respaldo no texto constitucional, logo o papel do Senado, nesses casos, foi objeto de uma mutação constitucional.

O *textualismo* tenta evitar a dinamicidade da Constituição, transformando-a numa Constituição “imutável” pela via da interpretação. Embora o principal argumento seja a segurança jurídica, na prática, ela pode levar a uma insegurança ainda maior. Isso porque algumas de suas linhas obrigam o juiz a interpretar os textos com um significado não mais vigente. Essa teoria também exige, por força da teoria da irradiação das normas constitucionais, que todos os demais atos sejam interpretados à luz de conceitos muitas vezes já ultrapassados ou desconhecidos pela sociedade atual. Assim, numa “sociedade aberta de intérpretes”,⁹⁷ seria impossível delimitar a extensão dessa

⁹⁵ HORBACH, Carlos Bastide. *O legado Bork e o papel do Senado nas indicações para a Suprema Corte*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/analise-constitucional-legado-bork-papel-senado-indicacoes-suprema-corte>. Acesso em: 9 jan. 2017.

⁹⁶ HORBACH, Carlos Bastide. *O legado Bork e o papel do Senado nas indicações para a Suprema Corte*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/analise-constitucional-legado-bork-papel-senado-indicacoes-suprema-corte>. Acesso em: 9 jan. 2017.

⁹⁷ Häberle oferece a seguinte sistematização do quadro dos intérpretes da Constituição: “(1) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo; (2) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, testemunha, parecerista, associações; partidos políticos, dentre outros; (3) os grandes estimuladores do espaço público democrático e pluralista: mídia (imprensa, rádio e televisão), jornalistas, leitores, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, etc; (4) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de todos os demais intérpretes”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos*

interpretação, o que acarretaria, fatalmente, insegurança jurídica. Sem falar que fortaleceria ainda mais o casuísmo, pois os termos atuais seriam interpretados pelo Judiciário com sentido de anos atrás, o que, numa Constituição como a americana, datada de 1787, geraria enormes distorções de significados.

Além disso, a parte da doutrina originalista que reconhece a possibilidade de alteração semântica das palavras ensina que o originalismo não defende a aplicação da intenção original dos pais fundadores, mas sim as expectativas da intenção original, ou seja, “aquilo que os autores da Constituição esperavam que, perante certas circunstâncias, o significado da lei fundamental fosse”.⁹⁸ Nessa vertente, a não admissibilidade das mutações constitucionais pelos originalistas continua,⁹⁹ mas, segundo alguns, permite-se a interpretação evolutiva, em face da evolução ou alteração semântica das palavras. Essa corrente sofre fortes críticas pelo fato de que “expectativa” é algo extremamente subjetivo.

Além disso, é muito difícil que a expectativa dos pais fundadores não fosse algo próximo ao sentido semântico da palavra à época. Logo a solução dada para fugir das alterações semânticas posteriores praticamente se esvazia. Basta supor que um determinado texto disponha que, se “A” ocorre, então a sanção é “B”. Assim, mesmo nos casos em que o sentido semântico de “A” altere a expectativa de quem escreveu a norma em um determinado contexto semântico, é que se “A” ocorreu então a sanção é “B”, logo é muito difícil conciliar o originalismo com a interpretação evolutiva, como eles tentam fazer. Isso sem adentrar o mérito se a interpretação evolutiva é uma espécie de mutação constitucional, pois os autores dessa corrente defendem a viabilidade da interpretação evolutiva e a impossibilidade da mutação. De toda forma, mesmo que a mutação constitucional seja afastada por essa corrente, ainda persistiria uma de suas modalidades, a mutação inversa, logo o problema persiste. Por fim, há uma dificuldade conceitual nessa doutrina que tenta conciliar a possibilidade de interpretação evolutiva com a expectativa dos pais fundadores. Isso porque a interpretação evolutiva visa

intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 19-23.

⁹⁸ ESTEVES, João Lemos. O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 275.

⁹⁹ Em sentido contrário, João Lemos Esteves defende que “inferimos, destarte, que o originalismo não é incompatível com a interpretação evolutiva (retrospectiva) das regras constitucionais, embora se revele contrário à admissibilidade de mutações constitucionais informais”. *Ibidem*, p. 276.

atender as necessidades dos destinatários atuais da norma e não daqueles que o eram na publicação da Constituição.

O fato é que a superação dessa corrente pelo realismo jurídico também gera incerteza jurídica, pois essa corrente vê o direito como algo haurido da experiência social, logo o direito é fato social. Isso porque essa corrente sustenta que o direito é o conjunto de normas efetivamente aplicadas pelos tribunais de uma comunidade. Em suma, preocupa-se com a eficácia das normas, não com a validade delas. Assim, o desuso, as alterações informais pela via da interpretação, enfim, todas as espécies de mutações constitucionais ganham força. O realismo só é apto para resolver o problema da existencia das mutações constitucionais no sistema de *common law*, pois nesse a atividade jurisdicional é vista como fonte do direito. Todavia é incapaz de limitar o instituto, uma vez que os juízes não estariam limitados ao texto, pelo contrário, seriam a materialização do poder constituinte difuso.

Em resumo, é fácil perceber que nenhum dos dois caminhos, por mais extremados que sejam um do outro, são aptos para afastar o problema das mutações constitucionais, pois os limites desse instituto não estão na adoção de uma determinada corrente ou mesmo em correntes intermediárias, uma vez que o problema persiste sob um ou outro foco, em maiores ou menores proporções.

2.5 O conceito de mutação constitucional

Laband, embora tenha verificado, pioneiramente, a existência da mutação constitucional, tendo, inclusive, nomeado-a, não apresentou nenhuma definição precisa do instituto. Jellineck, por sua vez, caracterizou a mutação em contraposição à Reforma Constitucional, diferenciando-as na intenção voluntária de alteração do texto normativo. Pablo Lucas Verdú chama atenção para o “impacto psicologizante” dessa definição, uma vez que ela parte da vontade consciente, da intencionalidade para diferenciar ambos os institutos. Verdú esclarece que o “psicologismo é um elemento que a Doutrina Geral do Estado de Jellinek convive com o fatualismo normativo, a deontologia e a própria teologia”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estudio Preliminar*. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. XXX-LXIX.

Para Kelsen, a mutação consiste no fato de que a utilização das normas constitucionais “varia paulatinamente e insensivelmente, já atribuindo às palavras invariáveis do texto constitucional um sentido que não é o primitivo, formando-se uma prática constitucional em contradição notória com o texto e com todo sentido possível da Constituição”.¹⁰¹ Na Itália, o tema foi objeto de análise de Pierandrei, que conceitua as alterações tácitas como aquelas modificações operadas pela realidade jurídica em que, apesar da imutabilidade do texto, a ordem suprema do Estado expressa-se, com o passar do tempo, de modo diverso daquele pretendido pelos preceitos originais da própria Constituição.¹⁰²

Atualmente, muito se tem debatido sobre a existência do instituto da mutação constitucional. Os seus principais opositores entendem que a mutação constitucional é um instituto já assimilado pelas teorias modernas da interpretação¹⁰³. Numa visão mais reducionista ainda, a mutação constitucional equivaleria ao método interpretativo conhecido como interpretação evolutiva.

Nessa visão, não há nenhuma diferença entre mutação constitucional e alteração ou superação de uma determinada interpretação pelo intérprete, pois, na interpretação decisória,¹⁰⁴ o texto permite que o intérprete opte por mais de um significado. Assim, ao se concretizar a norma, é possível tanto concretizar a norma “a”, quanto a norma “b”, pois, em ambos os casos o texto dará suporte a ambas as interpretações. Estabelecendo uma analogia com os trilhos, é como se em um trecho houvesse uma bifurcação, logo o trem pode ir para um ou outro lado. Diferentemente, nos casos em que a norma é isomórfica, ou seja, só existe um único significado possível a ser interpretado, pois, nesse caso, o trem só pode seguir em determinada direção. Logo os autores que defendem que a mutação constitucional é um instituto que não existe, o

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado e do Direito*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 332.

¹⁰² PIERANDREI, Franco. *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953, p. 90.

¹⁰³ Nesse sentido, cf. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: “Em relação à mutação constitucional podem ser formuladas críticas de três tipos. Primeira, a crítica da *insatisfatória generalidade* do conceito. Essa crítica é formulada por autores que contestam a unicidade do fenômeno, recomendando distinguir entre várias figuras de modificação na interpretação constitucional de acordo com as causas e resultados de cada hipótese e não agrupá-las sob o termo genérico de mutação constitucional. Isso leva à conclusão de que o conceito deveria ser abandonado, utilizando termos específicos para indicar cada hipótese de interpretação criativa ou evolutiva da Constituição”. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52578>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹⁰⁴ Ambos os temas serão objeto de estudo detalhado no tópico *Interpretação*.

fazem com fulcro na ideia de que todos os atos envolvendo mutação são, na verdade, um mero ato de interpretação. O presente tópico irá introduzir a análise quanto à diferença entre os dois institutos, todavia a sua percepção completa demanda o aprofundamento no conceito de interpretar. O tema “interpretação” será analisado no Capítulo 4, uma vez que as informações deste tópico necessitam ser complementadas pelas contidas no referido capítulo, sendo que consta no item 8.5, do Capítulo 4 desta tese a diferenciação entre mutação e interpretação.

A interpretação constitucional nada mais é do que uma espécie de mutação, isso quer dizer que a mutação constitucional é um gênero, ou seja, a interpretação constitucional é apenas um dos meios que podem acarretar mutações, mas, como será visto, existem outras espécies. Além disso, nem toda interpretação acarretará mutação. Soa estranho, portanto, falar que a interpretação é sinônimo de mutação, pois esses institutos não se confundem. Pode-se, inclusive, para melhor explicar o instituto, fazer um paralelo entre reforma da Constituição e emenda. Toda emenda, necessariamente, implica reforma da Constituição, mas nem toda reforma é realizada via emenda, já que uma reforma pode ser realizada pela via da revisão, por exemplo.

Dessa forma, percebe-se que a mutação não se confunde com a interpretação constitucional. Também não coaduna com a realidade as assertivas no sentido de que o instituto ora analisado foi superado pela moderna hermenêutica. Ao contrário, a moderna hermenêutica apenas potencializou o aumento significativo de casos de alteração da norma constitucional por essa via, que, em alguns casos, pode desaguar em mutação constitucional. Talvez isso tenha sido potencializado de tal maneira que fez com que a maioria dos exemplos de mutação seja oriundo da interpretação judicial, mas isso não quer dizer que a mutação constitucional se restrinja aos casos de interpretação.

Dito isso, necessário se faz conceituar modernamente o tema. Anna Cândida Ferraz entende que as mutações constitucionais alteram os significados e os alcances dos textos constitucionais, sem, todavia, alterar a letra e o espírito, e que essas alterações são informais, pelo fato de se efetivarem sem a manifestação do poder reformador ou de revisão. “A mutação constitucional é a alteração da norma sem que o texto seja formalmente alterado. Muda-se o significado da norma, permanecendo o mesmo texto.”¹⁰⁵ Esse conceito também pode ser aplicado à interpretação.

¹⁰⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

O problema desse conceito é que ele é bem amplo¹⁰⁶, pois engloba uma série de atividades que não se enquadram no conceito de mutação constitucional, como a mera interpretação. Por isso, é natural que alguns doutrinadores tentem restringir a sua gama de atuação. Böckenförde, por exemplo, tentou restringir o âmbito de atuação da mudança da Constituição ao afastar do conteúdo das mutações as situações nas quais a norma permite mais de uma interpretação, pois, para ele, essas situações estão dentro da margem de discricionariedade do Poder Judiciário. O que esse autor tenta é diferenciar a mutação da interpretação, não permitindo que os atos de interpretação se enquadrem nos casos de mutação, portanto ele segrega a mutação da interpretação. Assim, ao invés de adotar a corrente que defende que a interpretação de normas não isomórficas pelo judiciário é uma espécie de mutação constitucional, corrente esta que utiliza o conceito de mutação empregado por Anna Cândida, Böckenförde preferiu excluir esses casos que dão margem à discricionariedade do conceito de mutação. Para esse autor, fora dessas situações de margem de discricionariedade, o Judiciário não estaria autorizado a atuar. Toda alteração da Constituição, nos demais casos, deveria ser realizada mediante uma reforma formal da Constituição.

Carlos Blanco complementa o conceito de Ana Cândida¹⁰⁷ incluindo nele dois atributos para caracterizar uma mutação constitucional: a inovação política e a consolidação temporal. Dessa forma, Carlos Blanco conceitua mutação como

[...] fenômeno em que normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram de modo relevante o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Nesse sentido, cf. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: “Em relação à mutação constitucional podem ser formuladas críticas de três tipos. Primeira, a crítica da *insatisfatória generalidade* do conceito. Essa crítica é formulada por autores que contestam a unicidade do fenômeno, recomendando distinguir entre várias figuras de modificação na interpretação constitucional de acordo com as causas e resultados de cada hipótese e não agrupá-las sob o termo genérico de mutação constitucional. Isso leva à conclusão de que o conceito deveria ser abandonado, utilizando termos específicos para indicar cada hipótese de interpretação criativa ou evolutiva da Constituição”. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52578>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹⁰⁷ Anna Cândida conceitua a mutação constitucional como sendo “a alteração da norma sem que o texto seja formalmente alterado, muda-se o significado da norma, permanecendo o mesmo texto”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Editora Max Limonad, 1986, p.10.

¹⁰⁸ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

A exigência de a mutação ter um conteúdo político inovador também é uma tentativa de diferenciar o instituto da mera interpretação e, ainda, restringir o conceito de Anna Cândida, a fim de que esse mecanismo de alteração informal não seja demasiadamente amplo a ponto de que toda atividade jurisdicional possa ser, de alguma forma, classificada como mutação. Nesse ponto, Carlos Blanco sofre influência dos ensinamentos de Böckenförde.

Böckenförde excluiu ainda do conceito de mudança da Constituição os tópicos seguintes, que, para ele, seriam atividades naturais permitidas aos poderes estatais. São eles:

1) A modificação dos supostos de fato incluídos na figura típica de uma norma constitucional. São os casos em que os fatos sociais passam a abarcar novas situações decorrentes da evolução social e tecnológica, porém o fundo normativo a ser protegido é o mesmo.

2) A regulamentação das normas constitucionais de eficácia, pelo legislador derivado, quando o próprio constituinte delegou ao legislador ordinário a possibilidade de alterar a amplitude da norma.

3) As alterações que surgem em vista do esclarecimento ou concretização de conceitos constitucionais indeterminados que fazem parte de uma norma constitucional.

4) A própria norma remete, em seus conceitos, a circunstâncias extrajurídicas, como a moralidade, o nepotismo, o Estado Democrático de Direito, etc.

O primeiro item poderia ser exemplificado com a evolução tecnológica operada pela invenção do e-mail. É fato que, antes do e-mail, as pessoas utilizavam a comunicação epistolar para se comunicarem. As cartas eram e são protegidas pelo sigilo da correspondência¹⁰⁹. O e-mail nada mais é do que uma correspondência eletrônica, assim, com o surgimento dessa nova ferramenta, o sigilo que já vigia para as cartas foi ampliado para abarcar também as comunicações via e-mail. Nesse caso, realmente não há que se falar em mudança da Constituição, pois o instituto sigilo da correspondência não foi alterado.

¹⁰⁹ Art. 5º, II, da CR/88 – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

O resultado seria diferente se a decisão da Corte Constitucional fosse em sentido contrário, de forma a não abarcar o e-mail como correspondência e, ainda, não o enquadrar como se fosse uma espécie de dados. Nesse caso, não haveria sigilo para esse tipo de comunicação, logo se estaria diante de uma alteração do alcance da norma constitucional relativa ao sigilo das correspondências, pois a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações teria sido flexibilizada, a fim de afastar as comunicações eletrônicas. O texto constitucional permaneceu estanque, todavia a norma foi, de alguma forma, alterada pela via da interpretação, contudo trata-se apenas de uma das escolhas possíveis do intérprete no momento de concretizar a norma. No presente caso, é discutível a existência de mutação, o que irá depender da corrente adotada, mas não há incongruência no pensamento de Böckenförde, uma vez que ele já defendia que esses atos meramente interpretativos não configuram mutações constitucionais.

Todavia, se o avanço tecnológico acarretar a inutilidade ou o desaparecimento de uma determinada tecnologia a tal ponto que a norma que a regule entre em desuso, poder-se-á estar diante de um caso de mutação inconstitucional. Isso ocorreria, por exemplo, caso a Lei do Fax fosse uma norma constitucional. Com o surgimento do e-mail, a tendência é essa lei entrar em desuso.

Quanto ao item dois da classificação de Böckenförde, diferentemente do alegado, ele pode acarretar mutações constitucionais. É fato que as normas de eficácia contida têm eficácia plena, todavia a extensão e o alcance da norma podem ser restritos em face da superveniência de lei infraconstitucional, em momento posterior. Essa autorização é retirada da própria norma constitucional que expressamente permite que o poder constituinte derivado assim proceda.

Dois exemplos úteis para esclarecer a situação são o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão¹¹⁰ e o direito de greve.¹¹¹ A partir do momento em que se expediu uma lei que dispõe que, para exercer uma determinada profissão, deve-se estar inscrito no respectivo órgão de classe, houve uma restrição ao livre exercício de ofícios e profissões.

¹¹⁰ Art. 5º, inciso XIII - “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹¹¹ “Art. 9º - é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. *Ibidem*.

Da mesma forma, com a expedição de outra lei que proibiu que trabalhadores de determinadas atividades e serviços considerados essenciais façam greve, o direito constitucional à greve foi restringido.

As pessoas que exerciam uma determinada atividade sem o registro no respectivo órgão de classe ou mesmo os trabalhadores em áreas consideradas essenciais tiveram o seu direito constitucional restrito. Não restam dúvidas de que a mudança operada respeitou a Constituição e que foi realizada formalmente por meio de lei infraconstitucional, mas, na prática, o que se tem é uma lei infraconstitucional alterando a norma constitucional, ainda que a própria Constituição a tenha autorizado a assim proceder. Essa alteração é constitucional, por expressa previsão da Constituição. Exatamente por isso, é uma mutação constitucional, pois, efetivamente, a Constituição foi alterada, sem que o texto constitucional o fosse. Na prática, é como se a redação do art. 9º da Constituição fosse alterada para assim dispor: “É assegurado o direito pleno de greve, salvo para determinada profissão, que deverá garantir o atendimento às atividades inadiáveis da comunidade”. Caso a mesma restrição incidisse sobre uma norma de eficácia plena, que não pudesse ser restringida pelo legislador infraconstitucional, ainda assim teria se efetivado a mutação, embora inconstitucional. Além disso, para Böckenförde, parece lógico excluir do conceito de mudança e também do de mutação as situações em que a própria lei delega um maior poder ao intérprete que irá concretizar a norma. São os casos descritos nos itens três e quatro da classificação supracitada. Nesses casos, segundo esse autor, a alteração a posteriori, por outra linha interpretativa, por si só não acarretaria mutação constitucional, ainda que a nova interpretação provoque profundas mudanças no cenário constitucional de um país, pelo fato de a Constituição sempre ter permitido que o intérprete optasse por uma ou outra alternativa.

Nessa linha de raciocínio, caso o STF ou o Tribunal Constitucional Português adotassem um posicionamento interpretativo a partir de um texto e concretizasse uma determinada norma e, em momento posterior, alterasse o seu posicionamento, seguindo uma direção diametralmente oposta, isso, por si só, não acarretaria uma mutação constitucional.

A ideia de Böckenförde é afastar a utilização do termo “mutação constitucional” para os casos em que a discricionariedade do intérprete seja mais elástica. Todavia o autor peca ao tentar enumerar taxativamente esses casos. Isso porque essas indeterminações de conceitos não ocorrem apenas nos dois casos descritos por ele,

mas em outras infinitas situações nas quais o texto é composto por signos não isomórficos, o que possibilita mais de uma interpretação para o mesmo dispositivo. Porém, como ele já excluía esses atos interpretativos da mutação, nota-se que esses dois tópicos são, na verdade, um reforço ao que ele já tinha exposto como não sendo apto de configurar mutações.

Novamente, utilizar-se-ão exemplos para melhor refletir sobre o tema. Um exemplo extremamente atual, relativo à interpretação de um determinado artigo pelo STF, ocorreu no Recurso Extraordinário (RE) 601314, que analisou o sigilo bancário. Nesse processo, discutiu-se o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, que trata do acesso, pelo fisco, a informações bancárias, sem a necessidade de pedir autorização judicial. Segundo o relator, Ministro Edson Fachin, esse dispositivo é constitucional, já que a própria lei “estabeleceu requisitos objetivos” para o repasse dos dados. Segundo o Ministro, há um “traslado do dever de sigilo”.

O Ministro Marco Aurélio, voto vencido no mesmo RE, criticou os colegas pela alteração na jurisprudência, já que, em 2010, seguindo voto dele no RE 389808, ao analisar o mesmo art. 6º da Lei Complementar 105/2001, o Tribunal entendeu ser inconstitucional a quebra de sigilo pelo fisco, sem autorização judicial, em face da vedação prevista no art. 5, XII, da CR/88.¹¹² Marco Aurélio observou: “ante o mesmo texto constitucional”, mudou-se diametralmente de entendimento. “Embora não pareça, a nossa Constituição Federal é um documento rígido a gerar essa adjetivação, a supremacia. É ela que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas.”¹¹³ No caso supramencionado, é importante verificar se houve ou não mutação constitucional.

Esse julgamento acarretou a alteração de uma realidade social, pois as provas obtidas por meio de quebra de sigilo pelo fisco, sem autorização judicial, passaram a ser meio de prova válido. Todavia é fato que ambas as posições sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, em face do art. 5º, inciso XII, da CR/88 são possíveis, logo, para Böckenförde, essa modificação não se enquadraria no conceito de mudança da Constituição.

Böckenförde afasta ainda os conceitos indeterminados. Um conceito indeterminado é a igualdade. A maioria das constituições republicanas do mundo

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, art. 5º, XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

¹¹³ Recurso Extraordinário 601314, STF.

contempla o princípio da igualdade. Todavia é fato que o significado desse princípio se alterou ao longo da história. Nas constituições brasileiras de 1824 e na de 1891, o mencionado princípio já era previsto, ainda assim o direito de voto da mulher só foi assegurado em 1926 pelo decreto 21.076 do Código Eleitoral Provisório, após intensa campanha nacional, apesar de as duas constituições garantirem não só o direito da igualdade como o direito de voto de todos os cidadãos.¹¹⁴

Da mesma forma, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América já garantia o direito da igualdade, pois preconizava que “todos os homens são

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1824) *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 out. 12016.

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias

I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.

II. Os Estrangeiros naturalizados.

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se:

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. Os Libertos.

III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa.

Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórma dos Arts. 92 e 94.

II. Os Estrangeiros naturalizados.

III. Os que não professarem a Religião do Estado.

Art. 96. Os Cidadãos Brasileiros em qualquer parte, que existam, são elegiveis em cada Districto Eleitoral para Deputados, ou Senadores, ainda quando ahi não sejam nascidos, residentes ou domiciliados.

Art. 179.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Constituição de 1891

Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

art. 72

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”, entre os quais estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Todavia, o princípio da igualdade só foi expressamente previsto na Constituição norte-americana em momento posterior, por meio da Emenda XIV.

Ocorre que, ainda assim, vigorou nos EUA a política dos “iguais, mas separados”, inclusive com a aprovação da Suprema Corte Americana, em face do caso *Plessy v. Ferguson*, no qual a Suprema Corte negou o direito de um negro que reivindicava ter assento no mesmo vagão de trem que os brancos. Essa decisão fundamentou toda a política segregacionista nos EUA.

Essa política começou a ser alterada com a reviravolta jurisprudencial da Suprema Corte, no caso *Brown x Board of Education*, que reviu a política dos separados, mas iguais. Todavia essa decisão veio acompanhada de uma forte luta dos negros por igualdade civil. É fato que a realidade social dos EUA não era a mesma no momento da prolação de cada um desses Acórdãos, embora o princípio da igualdade fosse o mesmo. O caso *Brown x Board of Education*, com certeza, não se restringiu apenas a uma matéria interpretativa, pois, efetivamente, alterou os paradigmas constitucionais da época, adaptando as normas até então concretizadas a uma nova realidade constitucional. Observe-se que, embora o tema central do julgamento se referisse à aplicação do princípio da igualdade, tema esse que, segundo Böckenförde, não seria apto a ensejar uma mudança da Constituição, de fato houve uma mutação constitucional na Constituição americana a partir desse julgado.

Dessa forma, ficou demonstrado que a maioria das situações apontadas por Böckenförde como excludentes do fenômeno da mutação podem ser alvos de mutações constitucionais, mesmo que, muitas vezes, não ensejem mutações como regra. Resta agora analisar se o conceito de mutação está ou não abarcado no de interpretação.

A mutação constitucional opera por meio de duas frentes que se entrelaçam: a normativa e a realidade social. Quanto a essas frentes, não há uma que prepondera sobre a outra, ambas são forças que interagem, de forma que uma altera o conteúdo da outra e vice-versa. Uma alteração normativa pode ou não alterar a realidade social. Da mesma forma, a realidade social pode ou não alterar uma norma. A realidade fática atua, em geral, de forma silenciosa, mas pode gerar forte ruptura na ordem jurídica. A partir da ruptura desse paradigma, a maneira como até então se interpretava aquela norma não será mais condizente com a situação fática real que vigora no país.

A fim de melhor esclarecer o parágrafo anterior, será feito um paralelo entre Karl Popper e Tomas Kuhn. É importante esclarecer que, ao utilizar a palavra paradigma, está-se referindo ao conceito instituído por Tomas Kuhn, mesmo ciente que, posteriormente, este autor tenha substituído o termo paradigma por matriz disciplinar.

Kuhn, em *The Structure of Scientific Revolution*, como constatou Blaug,¹¹⁵ utiliza o termo paradigma tanto para significar certos casos exemplares de façanhas científicas do passado que continuam a servir de modelo para praticantes atuais, quanto para denotar a definição de problemas e o conjunto de técnicas a serem empregadas para analisá-los. Às vezes, chega-se a dar ao paradigma conceito ainda mais amplo, o de perspectiva geral de um mundo metafísico. Aqui o conceito é empregado no sentido de uma façanha científica que rompe com o modelo atual, fazendo com que os outros modelos se tornem obsoletos. Um exemplo é a redução do número de pessoas que continuam a se comunicar pela via epistolar após o surgimento do e-mail.

Para Kuhn, o método científico se desenvolve por meio de paradigmas. Já Karl Popper defende que as teorias científicas são apenas invenções humanas e devem estar perpetuamente sujeitas a revisão. O pensamento científico evolui lentamente a partir do momento em que uma determinada hipótese é reiteradamente falseada, daí a ideia de falseabilidade.

Ao fazer um paralelo com os dois renomados autores, é possível traçar um modelo comparativo no qual a mutação ora se aproxima do modelo de Karl Popper, ora do de Tomas Kuhn. A mutação constitucional surge ao se aproximar do modelo de Kuhn, quando há uma ruptura de um paradigma na sociedade, a tal ponto que a realidade atual ou a nova realidade normativa não mais dê suporte fático a determinada interpretação. Algo mudou, ou foi a realidade social ou a normativa. Essa ruptura não é negada por Popper, porém, para ele, é um processo lento, que é construído por meio da falseabilidade.

Em suma, a maioria dos casos de mutação oriunda da via interpretativa seria como a falseabilidade de Popper, pois acompanha, lentamente, a evolução social. Porém, fazendo um paralelo com o copo d'água que se enche com o pingar de várias gotas, nesse caso, a mutação ocorreria no momento em que a água transborda do copo, ou seja, no momento em que a interpretação dada altera, de forma inovadora, o critério político

¹¹⁵ BLAUG, Mark. De Popper à nova heterodoxia. In: BLAUG, Mark. *Metodologia da Economia*. São Paulo, EDUSP, 1993, p. 68-91.

de decisão, ou no momento em que essas evoluções interpretativas ocasionem alteração da realidade social até então vigente, pois a força atua nos dois sentidos.

A mutação poder ser causada por alterações da realidade social, mas também pode ter a sua origem em alterações normativas que, fatalmente, irão alterar a realidade social. Esse fato afasta algumas críticas feitas ao instituto, pois alguns doutrinadores questionam a possibilidade de existir mutação sem que a realidade social tenha sido alterada¹¹⁶. O que se percebe, é que a força atua em ambos os sentidos. Logo, é possível que as modificações na realidade social alterem a norma, mantendo-se intactos os enunciados constitucionais. Isso sempre ocorrerá nos casos de mutações oriundas do costume, pois, nesses casos, não há que se falar em modificações formais do texto. Da mesma forma, isso também pode ocorrer na mutação cuja fonte é a interpretação. Todavia, nem toda mutação que teve como causa uma interpretação será causada pela alteração da realidade social. Pode ser que a interpretação altere a realidade social, tendo em vista que aquele ato interpretativo na verdade é uma criação do direito, em descompasso com a realidade social até então vigente. Essa criação do direito terá o condão de modificar a realidade social. Outros exemplos de mutação constitucional que atuam, em regra, na esfera normativa são as concretizações pelo Poder Judiciário das normas não exequíveis por si mesmas e a edição de normas infraconstitucionais que alteram a própria Constituição.

É importante esclarecer que as mutações constitucionais, ainda que se operem pela via normativa, podem, na verdade, estar apenas atualizando a normatividade do ordenamento com intuito de acompanhar uma determinada realidade social que já se modificou. Por isso não é possível afirmar que sempre que uma determinada mutação seja originária de uma determinada fonte ela será causada por alterações normativas ou pela realidade social, o tema precisa ser analisado caso a caso,

¹¹⁶ Sobre o tema, cf. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: “Compreendida nesse sentido estrito, a mutação constitucional apresenta *dois* elementos definitórios básicos. Primeiro, um elemento (ou dimensão) *temporal*. A modificação na atribuição de sentido ocorre em determinado momento histórico do ordenamento. O enunciado normativo E que significava S1 no momento M1 adquire o significado S2 no momento (posterior) M2, em razão de circunstâncias externas ao próprio dispositivo, isto é, independentes de sua formulação (literalidade).[...] Segundo, um elemento *social*. Trata-se da atribuição de relevância interpretativa a elementos externos aos enunciados interpretados. Já que a mutação constitucional ocorre apesar da não modificação do enunciado, a modificação só pode estar relacionada à alteração de fatores sociais. Pode se tratar de modificação de elementos econômicos, de posicionamentos ideológicos em temas morais, de mudanças políticas. Mas, em todos os casos, a mudança social é imprescindível para a problemática da mutação constitucional”. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52578>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

a única exceção são as alterações perpetradas pelo costume, que sempre terá a sua origem na realidade social.

É importante salientar que, embora existam as duas formas de analisar o mesmo instituto, é natural que muitos estudiosos do tema, ao comparar a vertente do *living constitution* do direito norte-americano e as alterações informais efetuadas no plano da dogmática, realmente acreditem que não se trata do mesmo expediente.¹¹⁷ Isso porque o direito norte-americano focaliza as rupturas paradigmáticas, enquanto os autores influenciados por Laband e Jellinek enfocam principalmente as alterações pontuais do texto constitucional, uma vez que as rupturas paradigmáticas são fenômenos de ocorrência mais rara.

Assim, retomando os conceitos de mutação já apresentados, não é correto afirmar que Böckenförde errou ao restringir os casos aptos a mutação, mas sim que ele focou apenas nas regras e se esqueceu das exceções, ou seja, não mirou nas quebras de paradigmas, mas apenas nos casos ordinários que vão sendo falseados dentro da margem de discricionariedade do intérprete, “sem que a água efetivamente entorne para fora do copo”. A mutação, geralmente, não ocorre em todos os casos de interpretação ou de outra fonte do instituto. Ela exige algo a mais. Em regra, a concretização de um conceito indeterminado pelo Judiciário, num caso concreto, por si só, não gerará uma mutação, mas isso não significa que a mutação não possa ocorrer nesses casos. Apenas indica que, para uma mutação ocorrer, necessita de algo a mais, identificado por Carlos Blanco de Moraes como a inovação política, que ele conceitua da seguinte forma:

[...] manifestação de vontade primária que implica uma nova conformação conteudística de um preceito constitucional a qual, tendo ou não amparo no texto, altera constitutivamente de modo relevante o significado pré-existente atribuído à mesma disposição, de modo a revelar um critério político de decisão não suscetível de se reconduzir à vontade do legislador.¹¹⁸

¹¹⁷ Sobre o tema, cf.: “nesse sentido, a teoria da mudança constitucional proposta pelos autores americanos citados – e desenvolvida em particular por Griffin – tem um alcance muito mais amplo que o conceito emprestado pelos autores brasileiros à mutação constitucional. Sim, porque enquanto Ferraz conceitua o fenômeno como ‘alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais’ conferindo-lhe um caráter mais dogmático; Griffin vê na teoria da mudança um fenômeno de abrangência muito maior, que reveste o texto constitucional como um todo, de uma nova inspiração, saindo (no atual estágio da sociedade americana) do normativismo dos fundadores para uma democracia de direitos”. DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-41.

¹¹⁸ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

A inovação política é um dos requisitos da mutação, todavia não é necessário que o “critério político de decisão não seja suscetível de se reconduzir à vontade do legislador”, pois isso implicaria adotar a vontade do legislador como critério identificador da mutação constitucional e mais, como critério que prevaleceria sobre o significado de um determinado texto legislativo.¹¹⁹ Além disso, muitos casos de mutação constitucional operam em face da duplicidade ou mesmo da indeterminação de um único significado ao texto, como o exemplo aqui exposto quando se discorreu sobre o princípio da igualdade. Nesses casos, as alterações constitucionais informais operadas ulteriormente pela Corte Constitucional nem sempre afrontarão a vontade do legislador, pelo contrário, na maioria das vezes, o legislador sequer tinha projetado a aplicação da norma naquela determinada circunstância.

A mutação constitucional, ainda nessa visão, seria a alteração do significado da norma, sem que o texto fosse formalmente alterado. Nesse ponto, ela em nada se diferencia da interpretação, pois esse mesmo conceito também pode ser aplicado na atividade interpretativa, uma vez que muitos doutrinadores a definem como a atividade pela qual o intérprete revela o sentido dos enunciados, concretizando a norma, ou seja, escolhendo uma das várias possibilidades admitidas pelo texto.

Novas interpretações podem alterar a norma, mantendo o texto intacto. Isso nos casos em que haja texto, pois pode existir norma sem texto. Nesse caso, a mutação ou a interpretação alteram o sentido, o significado ou mesmo a própria norma, de maneira informal. Esse tema será mais bem analisado nos parágrafos a seguir e no Capítulo 3.

Todavia, o espírito original da norma e o valor que, originalmente, fundamentavam a norma anterior podem ser desrespeitados e modificados, uma vez que eles podem sofrer alterações oriundas da realidade social. A vontade original do legislador não é um critério relevante para configurar ou não uma mutação constitucional; o que interessa é a interpretação objetiva da norma e não a pretendida originalmente. Porém o conceito apresentado originalmente por Anna Cândida realmente precisa ser complementado com mais dois requisitos: a inovação política e certa estabilidade temporal.

A interpretação judicial é um dos agentes causadores mais conhecidos do fenômeno da alteração informal da Constituição. É fato que ela pode alterar o texto

¹¹⁹ A vontade do legislador na interpretação das normas será analisada no Capítulo 4 do presente trabalho.

constitucional, sendo que algumas mudanças oriundas da interpretação não refletem em nada o texto. Ainda assim, algumas decisões da Suprema Corte são tão importantes que elas equivalem, na prática, a verdadeiras emendas à Constituição.¹²⁰

Todavia é fato que a legitimidade da mutação constitucional, muitas vezes, é apenas analisada pelos seus efeitos, ou seja, pelas alterações que porventura são perpetradas no ordenamento jurídico. Os estudiosos do direito, após se depararem com um caso de mutação constitucional, apenas analisam se essas alterações estão em conformidade ou não com o texto constitucional e realizam um juízo de legitimidade ou não dessas figuras. Ocorre que, como bem salientou Griffin, as questões relativas à mutação constitucional são bem mais amplas e são a chave para se compreender o constitucionalismo americano.

[...] o problema da mudança constitucional é de fato a chave para se compreender, em larga escala, a estrutura do constitucionalismo americano. Como a mudança constitucional ocorre? Como a Constituição vem sendo afetada pela política, pelas alterações sociais, pela economia e pelas mudanças culturais, desde a sua adoção?¹²¹

Embora as interpretações judiciais sejam um dos meios que acarretam mutações constitucionais, sendo, inclusive, até o presente momento do trabalho, a fonte mais explorada de mutação constitucional, talvez pelo fato de ser o meio mais abundante, muitas dessas alterações, na verdade, surgiram por meio de políticas ordinárias que apenas foram, em momentos posteriores, chanceladas pelo Poder Judiciário.¹²²

A Constituição norte-americana vem sendo alterada, desde a sua adoção, em descompasso com os preceitos contidos no art. V. O problema é como classificar ou delimitar essas mudanças, pois é fato que essas mudanças não devem ser vistas como regulares, ou seja, mudanças que teriam o mesmo status das emendas constitucionais feitas sob a observação do art. V.

Todavia elas também não são mais bem compreendidas, caso sejam classificadas como mudanças extraconstitucionais, como se existisse uma linha de divisão clara entre mudança constitucional e extraconstitucional. O problema dessa

¹²⁰ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 27.

¹²¹ *Ibidem*, p. 27.

¹²² GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 27.

classificação é que a ausência de um mecanismo institucional sério de controle do fluxo das mudanças constitucionais significa que quaisquer distinções dos institutos se dissolvem sob a pressão de políticas ordinárias. Por isso, é melhor não os distinguir e aceitar que as políticas ordinárias são agentes de mutação constitucional.

Apesar de essas mudanças não observarem as formas contidas nas Constituições que preveem um rito específico para a revisão ou para emenda à Constituição, ainda assim, essas políticas ordinárias acarretam modificações que não deveriam ter, mas acabam tendo, o mesmo status dos processos formais de alteração da Constituição. Porém a realidade fática acaba por prosperar sobre a norma, moldando-a, alterando-a ou mesmo revogando-a, sem a observância do rito constitucional próprio.¹²³ É interessante que, nesses casos, podem-se gerar mutações constitucionais em face da ausência de texto, logo o próprio conceito do tema é relativizado, pois há alteração. Essa alteração não muda o sentido do texto, já que simplesmente não há texto Constitucional sobre o tema.

A compra da Louisiana, em 1803, é um bom exemplo desse tipo de mutação constitucional. Como explica Griffin, o Presidente Jefferson defendia a necessidade de uma emenda constitucional, uma vez que a Constituição era silente sobre o poder de os Estados Unidos da América adquirirem novos territórios. É forçoso lembrar que, no direito administrativo, vige o princípio de que a administração pública só está autorizada a fazer aquilo que a lei permite. Jefferson chegou a afirmar que era melhor elaborar uma emenda à Constituição do que assumir a existência de um poder implícito por meio de um mero ato de interpretação. Entretanto, apesar das declarações públicas, Jefferson foi persuadido a agir de outra forma, pois havia a possibilidade real de perda da oportunidade de adquirir de Napoleão o vasto território de Louisiana, caso ele tivesse que esperar a aprovação de uma emenda à Constituição.¹²⁴ Griffin explica que:

A mudança constitucional operada no caso Louisiana é relevante pelo fato de ela demonstrar como mudanças constitucionais informais operam por meio de políticas ordinárias, pois, antes da compra, existia dúvida razoável sobre a possibilidade de os EUA adquirirem novos territórios, sendo que para a solução do caso não houve nenhuma emenda à Constituição, muito menos manifestação da Suprema Corte, sendo que, em momentos posteriores, os EUA novamente adquiriram novos territórios, sem maiores controvérsias sobre a possibilidade de eles assim agirem.¹²⁵

¹²³ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁴ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 32.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 32.

Outro exemplo é a limitação do mandato presidencial. A Constituição americana, em sua redação inicial, nada previa quanto à limitação do mandato presidencial. Todavia, por força do costume, desde a Presidência de George Washington consolidou-se o entendimento de que o período máximo de exercício da Presidência eram dois mandatos. Franklin Delano Roosevelt alterou essa norma constitucional não escrita ao apresentar-se, em 1940, como candidato para um terceiro mandato presidencial, tendo sido eleito para ele. Nesse caso, foi produzida uma mutação constitucional sem a alteração de nenhuma norma escrita, tanto assim que, em 1951, os EUA aprovaram a Vigésima Segunda Emenda, que determinava que ninguém poderia ser eleito mais de duas vezes para o cargo de Presidente.¹²⁶

Nos EUA, existem diversos outros casos de alterações informais que operaram em grande escala: a composição do gabinete do presidente, a independência das agências reguladoras; a criação de partidos políticos; a revisão judicial, etc. Entre esses casos, a criação dos partidos políticos é outro exemplo paradigmático de mudança informal da Constituição que se operou sem a realização de nenhuma emenda ou mesmo interpretação da Suprema Corte e sem alterar o sentido de nenhum texto expressamente previsto na Constituição.¹²⁷

O problema é que mudar a Constituição é muito perigoso, pois ela é mais bem vista como um documento que deve ser reverenciado, ao invés de algo modificável em resposta a novas situações. A veneração da Constituição torna a base do governo estável, conforme análise de Madison no Federalista, nº 49, pois é muito difícil modificar um documento venerado.¹²⁸

A análise de Madison no Federalista nº 49 também pode ser aplicada aqui. Se uma mudança de estrutura tivesse de ser feita a um estado constitucional cada vez que houvesse uma mudança nas circunstâncias históricas, toda a estrutura constitucional poderia facilmente ser posta em questão. Seria como se o Estado estivesse sentado em um poder constituinte contínuo. Mas é do nosso interesse que as regras fundamentais do jogo político previamente acordado sejam postas em questão de forma contínua? A ordem política seria perturbada pela constante necessidade de promulgar mudanças fundamentais na Constituição em resposta às condições históricas em mudança”.¹²⁹

¹²⁶ SEGADO, Francisco Fernandez. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 118-119.

¹²⁷ GRIFFIN, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁸ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 41.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 41.

Griffin atribui dois objetivos à geração dos pais fundadores. Segundo ele, os pais fundadores queriam que o governo fosse baseado em uma lei escrita e orientado por ela. Também queriam manter a estrutura da Constituição para que ela perdurasse ao longo dos séculos. O problema é que esses dois objetivos não são fáceis de serem harmonizados, sendo, muitas vezes, considerados inconsistentes, principalmente quando se leva em conta a necessidade de adaptar a Constituição às circunstâncias em mudança. A experiência do constitucionalismo americano ensina que é possível “manter a qualidade escrita da Constituição somente à custa de abandonar o caráter da estrutura original ou ainda é possível manter o caráter da estrutura da Constituição somente abandonando a ideia de que toda mudança constitucional importante deve ocorrer através de emendas formais”.¹³⁰

Muitos observadores aceitaram a tese de que a interpretação judicial tem sido o principal meio de adaptar a Constituição para mudá-la fora do rito estabelecido pelo Artigo V. Segundo essa tese, a Suprema Corte tem servido como *gatekeeper* responsável pela mudança constitucional. O Tribunal tem o poder de permitir certas mudanças por meio do controle do “portão”, excluindo outros. O corpo substancial da jurisprudência constitucional construída pelo Tribunal ao longo dos anos empresta a essa tese credibilidade considerável, como acontece com os casos ocasionais em que os tribunais reverterem o curso da história e invalidam um caso passado. Isso indica um Tribunal no controle do processo de mudança constitucional.¹³¹

Apesar da plausibilidade da tese do *gatekeeper*, Griffin defende que ela é profundamente equivocada como uma abordagem para entender a mudança constitucional federal. Isso porque o Tribunal não tem envolvimento com mudanças constitucionais que não produzem litígios. Por exemplo, nos EUA, o desenvolvimento dos partidos políticos e a mudança no poder do governo que resultou da oportunidade de passar sobre a constitucionalidade do novo poder da presidência adquirida no *New Deal* não teve participação da Suprema Corte. A mudança constitucional ocorreu fora do artigo V, todavia sem a participação do Tribunal. Esse ponto pode ser generalizado. Quando uma mudança constitucional é necessária, desde que seja do interesse do congresso, do presidente, dos estados e dos cidadãos em geral, a mudança poderá não

¹³⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹³¹ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 42.

envolver o tribunal porque ninguém tem um incentivo para iniciar um litígio.¹³² Nesses casos, um dos limites da mutação, que é o controle de constitucionalidade, ficará prejudicado.

Normalmente, no entanto, qualquer alteração constitucional significativa resultará em algum tipo de litígio. Mas isso não significa que a Corte tenha iniciado a mudança ou mesmo que seja um dos principais contribuintes para que ela ocorra.

Griffin explica que não é correto dizer que a Corte aprovou os novos poderes e responsabilidades do governo federal concedidos pelo *New Deal*, como se ela tivesse uma escolha real para continuar a vigiar atentamente a constitucionalidade da regulação econômica e social. Na realidade, o Tribunal recusou-se a ter qualquer papel significativo na revisão da legislação estadual e federal que afeta a economia. O fato é que, nos anos posteriores a 1937, a Suprema Corte ofereceu essencialmente ao Congresso uma carta branca para regular a vida econômica e social da nação, sendo que suas ações se sujeitaram apenas aos requisitos da Declaração de Direitos.¹³³

É importante ter em mente que muitas das decisões mais famosas da Suprema Corte, como *Brown v. Board Education* e *Roe v. Wade*, são casos que afetam o poder dos governos estaduais, e não o governo federal. Decisões do Tribunal limitando o poder do Congresso e do presidente na era pós-*New Deal* são raros. Depois do *New Deal*, o Tribunal se concentrou em verificar se a legislação estadual satisfazia os padrões encontrados na Declaração de Direitos e nas emendas realizadas no período da Guerra Civil.¹³⁴

Griffin¹³⁵ explica que a Constituição escrita engana os estudiosos, pois os faz acreditar que a emenda realizada nos termos do Artigo V e a interpretação judicial são os únicos meios possíveis de mudança constitucional. A Constituição foi considerada como detentora de força executória pelos tribunais e interpretada de acordo com os mesmos métodos usados para outros tipos de lei.

O constitucionalismo americano passou da teoria de que toda a Constituição poderia permanecer separada da política para uma situação em que o significado da maior parte da Constituição é determinado pela política ordinária. Essa implicação da Constituição legalizada não era óbvia até que o governo federal se tornou um estado

¹³² *Ibidem*, p. 42.

¹³³ TRIBE, Laurence, H. *American Constitutional Law*. New York: Aufl. Mineola, 1988, p. 386.

¹³⁴ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 43.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 43.

verdadeiramente ativista e intervencionista, durante o século XX. A experiência do *New Deal* tornou evidente que o Judiciário pode aplicar apenas uma pequena parte da Constituição. O significado da maioria das disposições das Constituições é determinado no curso da interação entre os poderes executivo e legislativo. Embora seja possível que esses ramos mudem suas interpretações da Constituição por meio de procedimentos legais envolvendo argumentos escritos cuidadosamente fundamentados, da mesma forma que ocorre no decorrer do processo judicial, as mudanças perpetradas pelos demais poderes não ocorrem, com frequência, dessa maneira. Em vez disso, esses ramos alteram a Constituição no curso das lutas políticas ordinárias, sem muita atenção aos valores legais e constitucionais que advogados e juízes consideram importantes.¹³⁶

Griffin, para demonstrar a importância da mutação constitucional para o constitucionalismo americano, começa por definir a Constituição como o conteúdo do documento de 1787, ratificado e validamente alterado, mais os precedentes judiciais válidos que interpretaram o documento. Essa definição é a estudada nas escolas de direito e departamentos de ciência política como "direito constitucional" e é, provavelmente, aceita por advogados e juízes como uma definição convencional da Constituição.¹³⁷

Embora essa definição possa parecer incontroversa, foi criticada implicitamente com o fundamento de que, assim como o Supremo Tribunal pode fazer parte da Constituição, certas ações dos poderes executivo e legislativo podem obter status constitucional. Griffin defende que algumas práticas presidenciais e leis federais têm a estrutura de "legislação-quadro". A legislação-quadro pode ser definida da seguinte forma:

a legislação-quadro é diferente da legislação ordinária, na medida em que não formula políticas específicas para a resolução de problemas específicos, mas tenta implementar políticas constitucionais. Alguns exemplos de legislação-quadro são: National Security Act of 1947, o Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974, o National Emergencies Act of 1976 e o War Powers Resolution of 1973.¹³⁸

Os argumentos supramencionados demonstram que importantes alterações na Constituição ocorreram por meio de outros meios além da emenda e interpretação

¹³⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹³⁸ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 45.

judicial. No entanto a definição convencional não reconhece essas mudanças. Isso sugere a revisão da definição convencional para incluir mudanças verdadeiramente fundamentais, como o sistema partidário e aqueles que seguiram ao *New Deal*. Todavia, mesmo que se revisasse a primeira definição, o novo conceito de Constituição ainda poderia ser questionado, pelo fato de que é incerto que o sistema jurídico reconheceria tais mudanças como parte da Constituição, sem mencionar que a definição revisada é ainda mais indeterminada do que a ideia de legislação-quadro.¹³⁹

Dessa forma, é perceptível que a mutação constitucional é um instituto que comporta diversas espécies. Além disso, ainda que não tenha sido dada uma definição de Constituição satisfatória, é perceptível que o presente instituto altera qualquer definição que se apegue apenas às normas formais de um determinado ordenamento para compor o conteúdo de uma Constituição. O grande problema é como incorporar essas alterações informais no ordenamento jurídico sem que elas desconfigurem por completo as normas escritas.

Em suma, mesmo após uma conceituação clara do instituto, ainda persiste uma enorme dificuldade de consagrá-lo como fonte do direito, em ordenamentos com Constituição escrita. Todavia é fato que a mutação interfere significativamente na Constituição escrita. Essa interação com a Constituição pode ter diferentes origens, razão pela qual é necessário verificar quais são as espécies de mutação constitucional, uma vez que, como demonstrado no presente tópico, o Instituto supera, e muito, o âmbito da mera interpretação da Constituição pela Corte Constitucional.

2.6 Espécies de mutação constitucional

As Constituições não são instrumentos imutáveis, que se esgotaram no momento da sua criação, pelo contrário, muito mais do que modificáveis, as constituições são modificadas pelo processo da sua aplicação, no qual intervêm todos os aplicadores do direito constitucional.¹⁴⁰

Jorge Miranda, ao se aprofundar no tema, classifica as modificações constitucionais como espécies de vicissitudes constitucionais. Em suas palavras, o

¹³⁹ *Ibidem*, p. 55.

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 129-130.

termo se refere a “quaisquer eventos que se projetem sobre subsistência da Constituição ou de alguma de suas normas”.¹⁴¹

A vicissitude constitucional é um gênero que se subdivide nas seguintes espécies: a revisão constitucional, o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituição, a revisão indireta, a revolução, a ruptura não revolucionária, a transição constitucional e a suspensão parcial da Constituição.¹⁴²

As vicissitudes constitucionais operam de diferentes formas, conforme recaiam sobre cinco grandes critérios: o modo, o objeto, o alcance, as consequências sobre a ordem constitucional e a duração dos seus efeitos.¹⁴³ Esses critérios definirão a espécie da vicissitude constitucional.

Dentro do critério “modo”, advém a forma por meio da qual as modificações exercem “o poder ou se representa a vontade constitucional”,¹⁴⁴ razão pela qual esse grupo se subdivide em modificações expressas ou tácitas.

Quanto ao objeto, as vicissitudes poderão ser parciais, nos casos em que essas alterações não atinjam a Constituição como um todo, mas tão-somente parte da Constituição, ou totais, quando implicam a “emergência de nova Constituição”,¹⁴⁵ seja pela via da transição constitucional,¹⁴⁶ seja pela via da ruptura (revolução). Já as parciais apenas acarretam modificações da Constituição vigente.

Jorge Miranda ensina que as vicissitudes parciais “apenas atingem parte da Constituição, jamais seus princípios fundamentais”.¹⁴⁷ Essa assertiva é coerente apenas quando se trata de vicissitudes constitucionais expressas. O raciocínio, nesse caso, seria que qualquer alteração formal nos princípios fundamentais equivaleria a uma nova Constituição. Todavia esse mesmo raciocínio não se aplica às vicissitudes constitucionais tácitas, pois essas podem atingir os princípios fundamentais, pois, embora o texto permaneça intacto, o significado extraído dele pode ser alterado com a evolução da sociedade e a modificação da realidade social.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 130.

¹⁴² *Ibidem*, p. 133.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 130.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 131.

¹⁴⁶ A transição constitucional “é a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, sem ruptura, portanto. Muda a Constituição material, mas permanece a Constituição instrumental e, eventualmente, a Constituição formal”. *Ibidem*, p. 139.

¹⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 133, p. 131.

Os princípios¹⁴⁸ fundamentais, como qualquer princípio, caracterizam-se pela baixa densidade normativa. São normas que exigem do intérprete uma maior justificação para a sua aplicação, uma vez que necessitam ser concretizados. Como afirma Humberto Ávila, a norma-princípio “caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus, seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios”.¹⁴⁹ Apenas a título de exemplo, dois princípios fundamentais previstos expressamente nas Constituições do Brasil e de Portugal – dignidade da pessoa humana e soberania – podem ter os seus significados alterados com o passar do tempo. O sentido de dignidade da pessoa humana, atualmente, é muito diferente daquele do período do Brasil colonial, quando a escravidão era permitida. Da mesma forma, o conceito de soberania em Portugal foi, de alguma forma, alterado com a sua adesão à União Europeia, sem que disso emergisse uma nova Constituição.

A classificação quanto ao alcance das vicissitudes constitucionais refere-se às situações da vida e aos destinatários da norma. Elas se subdividem em “alcance geral ou abstrato” e “concreto ou excepcional”, a depender dos destinatários abrangidos pela norma.¹⁵⁰

As vicissitudes constitucionais, quanto às suas consequências para a ordem constitucional, são caracterizadas por Jorge Miranda em dois subgrupos, as que colidem com a integridade e com a continuidade da ordem constitucional e as que não colidem. Essas últimas corresponderiam a uma evolução constitucional.¹⁵¹

O último critério se refere à duração dos efeitos. As vicissitudes de efeitos temporários são as suspensões da Constituição *latu sensu*. Elas decorrem necessariamente de uma revolução.¹⁵² Por sua vez, as de efeito definitivo fazem com que surja uma nova Constituição.

Como foi visto, as vicissitudes constitucionais, quando incidem sobre o modo, podem ser tácitas ou expressas. No presente trabalho, interessam apenas as tácitas, pois delas decorrem as mutações constitucionais. As vicissitudes tácitas sempre serão parciais. Elas englobam o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a

¹⁴⁸ Sobre a diferença entre princípios e regras, cf. : ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto*. Milano: Giappichelli, 1996, p. 115.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, p. 159-180, 1999.

¹⁵⁰ MIRANDA, *op.cit.*, p. 133.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 131-132.

¹⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 132.

revisão indireta.¹⁵³ O costume constitucional, pela sua importância e extensão, será tratado em capítulo próprio. Serão analisadas, por ora, apenas as outras duas classificações, a interpretação evolutiva e a revisão indireta.

A revisão indireta e a interpretação evolutiva se aproximam, uma vez que, modificado expressamente determinado texto, ele passa a compor um determinado ordenamento jurídico, logo, ao ser analisado sistematicamente, podem operar-se novas alterações indiretas, seja pela via da interpretação sistemática, seja pela interpretação evolutiva.¹⁵⁴

A interpretação evolutiva se justifica pelo fato de a Constituição ser um “organismo vivo, sempre em movimento com a própria vida, e estar sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas”.¹⁵⁵ Esse fato implica a alteração do sentido das normas constitucionais, uma vez que compete ao intérprete compatibilizar as normas interpretadas com as demais normas jurídicas, especificamente com aquelas que estão em vigor e não com as normas que estavam em vigor no momento da publicação da Constituição. Isso para que se atendam as necessidades dos destinatários atuais da norma e não daqueles que o eram na publicação da Constituição e, por fim, pelo fato de o intérprete concretizar a norma, logo, ele tem um papel ativo no processo de transformação do ordenamento jurídico.¹⁵⁶ Tanto a interpretação evolutiva como a mutação constitucional alteram, informalmente, a Constituição. A diferença entre os dois institutos encontra-se na intensidade – a mutação é uma alteração mais qualificada. Esse tema será mais bem explorado no Capítulo 3.

O desenvolvimento constitucional é um fenômeno complexo decorrente da interpretação evolutiva, da revisão constitucional e dos costumes *secundum, praeter e contra legem*.¹⁵⁷ Fato é que a somatória desses institutos não se traduz no surgimento de uma nova Constituição, logo não há ruptura com a ordem jurídica vigente, mas sim a reorientação do sentido da Constituição vigente. O exemplo de desenvolvimento constitucional utilizado por Jorge Miranda refere-se à atribuição do direito de voto nos países ocidentais, uma vez que o seu conteúdo foi-se alargando, por mais de cem anos, com o fim de concretizar o princípio democrático, até atingir o sufrágio universal,

¹⁵³ *Ibidem*, 132.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 135.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 138.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 139.

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 141.

passando-se do governo representativo liberal para a democracia representativa.¹⁵⁸ O desenvolvimento constitucional de Jorge Miranda se aproxima, em muito, do conceito defendido nesta tese como sendo o de mutação constitucional.

Além da classificação de Jorge Miranda, passa-se agora a analisar outras classificações de autores renomados que contribuíram de alguma forma com a evolução do estudo sobre as formas históricas das mudanças constitucionais, como Carl Schmitt, com a sua famosa dicotomia de “mudança da Constituição” e “mudança na Constituição”, identificadas nos itens destruição da Constituição, supressão da Constituição, reforma Constitucional, quebra da Constituição¹⁵⁹ e suspensão da Constituição.¹⁶⁰

A destruição da Constituição de Schmitt só é compreendida após a assimilação de outra ideia do mesmo autor, qual seja, a diferença entre Lei Constitucional e a Constituição. Para esse autor, a Lei Constitucional é um critério relativo de Constituição, pois se trata apenas de uma lei que tenha sido produzida nos moldes determinados pela própria Constituição, todavia esta não é apenas um somatório de leis constitucionais, mas sim o cerne da decisão política fundamental. A Constituição resulta da manifestação de um poder constituinte que, por intermédio de uma decisão política fundamental, cria e organiza o Estado. Ela restringe-se a disciplinar a forma de Estado, a forma, o sistema e o regime de governo, a organização e a divisão dos poderes e o rol de direitos individuais. Todo o resto é apenas Lei Constitucional; está na Constituição, mas não compõe a essência dela.

Dito isso, é fácil compreender que a destruição da Constituição é a supressão não apenas de uma ou algumas leis constitucionais, mas sim de toda a Constituição, juntamente com o poder constituinte no qual ela se embasava.¹⁶¹ Logo a destruição da Constituição não interessa para este trabalho, pois não se refere à mutação constitucional, mas sim a uma nova manifestação do poder constituinte.

A supressão da Constituição difere da destruição da Constituição, todavia a diferença apontada por Schmitt se restringe ao fato de que, na supressão da

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 142.

¹⁵⁹ É interessante notar que alguns itens dessa classificação se subdividem em subgrupos, sendo que, a princípio, o nome dado ao grupo gera alguma estranheza. É o que ocorre com a Quebra da Constituição, que se divide em quebra inconstitucional e quebra constitucional da Constituição. Aparentemente, o termo “quebra” induz ao raciocínio de que seja algo contrário, logo soa estranho compatibilizar quebra com a Constituição. Todavia esses casos são considerados quebras constitucionais pelo fato de a própria Constituição prevê-los.

¹⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 153.

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 153.

Constituição, o poder constituinte, no qual a Constituição se embasava, mantém-se intacto. Os exemplos utilizados por Carl Schmitt são a mudança da Constituição e o golpe de Estado.¹⁶² A supressão constitucional pode ser operada por meio de mutações inconstitucionais.

Os demais itens da classificação de Schmitt, tais como reforma constitucional, quebra da Constituição e suspensão da Constituição podem conversar, com mais frequência, com o tema da mutação constitucional, isso porque, embora a classificação de Carl Schmitt não tenha levado em conta, especificamente, a mutação constitucional, o fato é que ela incide, com maior ou menor força, em alguns dos itens da sua classificação.

Não é inteiramente verdade que Carl Schmitt não tenha se preocupado com o tema das reformas informais. Embora tenha restringido o gênero Reforma da Constituição às reformas previstas expressamente na Constituição, pois, para ele, a Reforma da Constituição refere-se apenas à alteração do texto das leis constitucionais vigentes, ele subdividiu o tema em reformas inconstitucionais e reformas constitucionais.

O conceito de reformas constitucionais é o mesmo da reforma da Constituição, e a sua diferença para as reformas inconstitucionais é que essas reformas não observam o procedimento legal prescrito na Constituição.¹⁶³ Nessa classificação, encontra-se a primeira abertura para a mutação constitucional, uma vez que a mutação pode operar-se por meio de leis inconstitucionais.

A quebra da Constituição também se subdivide em quebra constitucional e inconstitucional, sendo que, em ambos os casos, há violação dos preceitos legais-constitucionais para um ou vários casos concretos. Todavia os preceitos constitucionais seguem inalterados para os demais casos. A diferença reside no fato de que, na quebra constitucional, a violação está expressamente prevista na Constituição, enquanto nas quebras inconstitucionais não.¹⁶⁴ Esses esclarecimentos são importantes, pois muitos doutrinadores, após Konrad Hesse, passaram a utilizar o conceito defendido por ele de quebra da Constituição, ou seja, como sinônimo de mutação inconstitucional. Observe-se que o conceito defendido por Schmitt é diferente do de Hesse e não comporta essa

¹⁶² *Ibidem*, p. 153.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 154.

¹⁶⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 154.

conclusão, pois, para que ocorra uma mutação, seja constitucional ou inconstitucional, é necessário que a alteração se prolongue no tempo.

Assim, os dois casos de quebra de Schmitt não configuram uma mutação constitucional, mas o instituto é importante, pois pode se aproximar de outro instituto semelhante à mutação, que é a fraude à Constituição, caso haja o *animus fraudandi*. O tema será mais bem abordado no tópico relativo à interpretação.¹⁶⁵

Por fim, a suspensão da Constituição acontece quando uma ou várias prescrições legais-constitucionais deixam de vigorar. A suspensão também se subdivide em inconstitucional e constitucional, sendo que a primeira ocorre quando não há procedimentos previstos na norma constitucional para assim agir ou, se há, eles não são observados.¹⁶⁶ Um bom exemplo desse tipo de mutação é o desuso, em que existe a norma e ela simplesmente para de vigorar, mas nada impede que, a partir de algum momento, aquela norma volte a ser aplicada normalmente. A suspensão inconstitucional ocorre quando esta observa os preceitos constitucionais. Um exemplo seria o estado de sítio e de defesa, que suspendem alguns dos direitos fundamentais do cidadão, enquanto perdurarem os seus efeitos.

Assim, apesar de Schmitt não apresentar uma classificação formal das mutações, a sua classificação acabou por abarcar alguns casos no qual operam mutações constitucionais ou inconstitucionais.

É importante consignar que não há um consenso quanto às modalidades da mutação constitucional. Cada autor elabora a sua própria classificação; o que há são algumas convergências doutrinárias sobre o tema. As mutações constitucionais foram, pioneiramente, classificadas por Dau-Lin. As suas ideias básicas acabaram sendo mantidas na maioria das classificações. Neste trabalho, utiliza-se, em parte, a sua classificação, a fim de embasar o aprofundamento necessário de cada item nela descrita, porém essa classificação não esgota o tema. Analisa-se, a seguir, se a classificação de Dau-Lin permanece atual.

Para Dau-Lin, o problema da mutação constitucional se fundamenta na tensão entre o disposto na Constituição escrita e a situação constitucional real. “A

¹⁶⁵ É importante salientar que o conceito de fraude à Constituição defendido por Carl Schmitt é diferente do exposto neste trabalho, pois, para ele, o termo apenas refere-se à adoção de regras que colidam com o núcleo duro da Constituição. Sobre o tema, cf. *Ibidem*, p. 155.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 155.

mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas”. Dau-Lin identifica quatro classes de mutação da Constituição:¹⁶⁷

- 1) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
- 2) mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente;
- 3) mutação da Constituição mediante uma prática contraditória com a Constituição;
- 4) mutação da Constituição mediante a sua interpretação.

Porém uma leitura isolada da classificação adotada por Hsü Dau-Lin, sem o devido aprofundamento, conduz a uma interpretação equivocada do conteúdo de cada um desses itens, uma vez que os fundamentos utilizados pelo autor para justificar cada categoria nem sempre condizem com o que se compreende do título de cada classificação. Assim sendo, é necessário analisar cada item para elucidar a matéria ora discutida.

A mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição refere-se ao surgimento de novas instituições e práticas não previstas inicialmente na Constituição, logo não havia autorização nem vedação diante delas. A título de ilustração, Dau-Lin cita quatro exemplos, mas aqui apenas dois serão analisados:

- 1) o princípio da separação dos poderes nos EUA era de tal forma interpretado que nenhum secretário de governo podia participar das sessões do Congresso. Assim se impedia toda a relação oficial entre o Estado e o Governo. Essa prática fez com que fossem criados os comitês parlamentares permanentes, sendo que cada um deles corresponde a um departamento de governo. Por meio dos presidentes desses comitês, os secretários de estado se relacionam com o Congresso e apresentam leis por meio deles. Concluiu Dau-Lin que “a conexão rechaçada pela Constituição é produzida apesar de tudo. Entretanto, de fato, se produziu uma reforma da Constituição, sem violar nenhuma norma constitucional”.¹⁶⁸ No Brasil, pode-se citar, como exemplo de flexibilização da separação de poderes, a situação dos parlamentares líderes de

¹⁶⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 33.

¹⁶⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 33.

governo, pois, embora membros do Poder Legislativo, eles têm a função de auxiliar o Executivo na aprovação de leis do seu interesse.

2) No velho Reich Alemão, o *Bundesrat* era responsável por representar os membros da Federação, todavia apenas estes podiam apresentar propostas. O Imperador Alemão era apenas o rei da Prússia, não compunha a Federação. O Chanceler do Reich não podia apresentar nenhuma moção, segundo a letra da Constituição do Reich. Ocorre que muitas das moções que partiram da presidência da Prússia foram apresentadas no *Bundesrat* pelo Chanceler do Reich, em nome do Imperador. O número de moções imperiais predominou sobre as moções prussianas. Assim, a Constituição do Reich experimentou uma mudança significativa sem que o seu texto fosse alterado.¹⁶⁹

É fácil perceber que o que Dau-Lin nomeia de mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição é o fenômeno conhecido como costume *praeter e secundum legem*.

Dau-Lin ensina, ainda, que pode ocorrer uma mutação constitucional pela impossibilidade de se exercer uma competência de poder. O direito que é atribuído a determinados sujeitos se perde ante a impossibilidade de exercê-lo. Trata-se, na verdade, do instituto conhecido como desuso, ou costume *contra legem*, logo se refere a uma modalidade de mutação inconstitucional. O exemplo fornecido por Dau-Lin é o direito à dissolução da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República Francesa, conforme dispunha o art. 5 da Constituição Francesa de 1875. Porém o mencionado artigo só foi aplicado uma única vez por um Presidente da França, e o resultado disso foi a demissão do próprio Presidente MacMahon.¹⁷⁰

Outro exemplo de desuso, fornecido pelo mesmo autor, foi o direito à reeleição atribuído expressamente ao Presidente da República da França pela Constituição de 1875. De fato, a reeleição do Presidente na França, com fulcro na Constituição de 1875, só ocorreu uma única vez com Grévy, no ano de 1885.¹⁷¹

Uma mutação da Constituição pode, ainda, ser efetivada mediante uma prática constitucional que contradiz a norma prescrita da Constituição, seja pela chamada reforma material da Constituição, seja por legislação ordinária, seja pelos regulamentos dos órgãos estatais superiores ou por sua prática efetiva.¹⁷²

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁷² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 39.

Essa modalidade de mutação é outra forma de mutação inconstitucional. Todavia alguns comentários merecem ser tecidos. Quando Dau-Lin escreveu o seu trabalho, não existia, na Alemanha, o controle de constitucionalidade. Todas as situações apontadas por esse autor seriam, atualmente, resolvidas por meio do controle de constitucionalidade, uma vez que a norma discrepante seria extirpada do ordenamento jurídico.

É fato que isso não se quer dizer que a classificação original de Dau-Lin, nesse tópico, tenha sido superada, pois, apesar de atualmente existir o controle de constitucionalidade, nada impede que o órgão de controle não afaste a norma claramente inconstitucional, por entender que ela é constitucional, ou pode ainda acontecer que o órgão de controle nunca seja provocado a se manifestar sobre o tema, o que acarretaria a vigência da norma inconstitucional. Esse tema, o valor positivo do ato inconstitucional, é tão importante e tão pouco explorado no direito brasileiro, que será objeto de tópico próprio, ao se tratar da mutação inconstitucional.

Porém o fato é que, na época de Dau-Lin, era plenamente possível que uma legislação ordinária afrontasse diretamente a Constituição e, ao final, essa norma, embora não revogasse expressa ou tacitamente a norma constitucional vigente, na prática, provocaria uma alteração não formal do texto. Não formal, uma vez que a Constituição não teria sido alterada pelos mecanismos constitucionalmente previstos, embora o seu conteúdo estivesse sendo desrespeitado por uma norma de categoria hierárquica inferior, que, por ser vinculante, estaria sendo aplicada em dissonância com o texto constitucional.

Por fim, Dau-Lin ressalta que é possível que a mutação constitucional seja oriunda da interpretação, especificamente, quando os preceitos constitucionais apenas se interpretam segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo, sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição ou sem que considere o sentido originário que deu o constituinte às normas constitucionais em questão.¹⁷³

Nesse cenário, a norma constitucional continua intacta, mas a prática constitucional é distinta. O que se inferiu da Constituição um dia como direito já não o é mais, em momento posterior. A Constituição experimenta uma mutação a ponto de suas normas receberem um novo conteúdo, na medida em que os preceitos regulam outras

¹⁷³ *Ibidem*, p. 45.

circunstâncias distintas das antes imaginadas.¹⁷⁴ Alguns doutrinadores defendem que essas alterações nada mais são do que o desenvolvimento regular do processo de interpretação do direito, logo, para eles, a classificação de Dau-Lin já teria sido superada¹⁷⁵. Todavia, como já exposto, a interpretação pode ser uma espécie de mutação constitucional, logo, nessa linha de raciocínio, a classificação de Dau-Lin continua atual.

É fácil perceber que não existe uniformidade quanto ao tema “classificação das mutações constitucionais”, mesmo porque vários autores, ao analisar o tema, muitas vezes, utilizam uma tipologia própria, e isso ocorre não apenas quanto à classificação das espécies de mutação, mas também quanto ao próprio gênero ora estudado, a mutação constitucional. Alguns a nomeiam de mutação constitucional, outros de processos informais de alteração da Constituição, outros de vicissitudes constitucionais, outros ainda de quebra da Constituição. Enfim, existem várias denominações diferentes para o mesmo tema, e isso reflete uma pluralidade de classificações quanto à modalidade ou espécie da mutação constitucional.

Segundo Milton Campos,¹⁷⁶ a mutação constitucional pode ser dividida em complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro. Uma possível crítica a essa classificação é o fato de a construção judiciária se confundir com a interpretação sistemática.

Barroso, por sua vez, entende que a mutação constitucional pode ocorrer segundo três mecanismos: 1) pela via do costume; 2) pela atuação do legislador; 3) pela via da interpretação.¹⁷⁷

¹⁷⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 45.

¹⁷⁵ Nesse sentido, cf. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: “Em relação à mutação constitucional podem ser formuladas críticas de três tipos. Primeira, a crítica da *insatisfatória generalidade* do conceito. Essa crítica é formulada por autores que contestam a unicidade do fenômeno, recomendando distinguir entre várias figuras de modificação na interpretação constitucional de acordo com as causas e resultados de cada hipótese e não agrupá-las sob o termo genérico de mutação constitucional. Isso leva à conclusão de que o conceito deveria ser abandonado, utilizando termos específicos para indicar cada hipótese de interpretação criativa ou evolutiva da Constituição”. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=52578>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹⁷⁶ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Síntese: Revista de Filosofia*, v. 1, n. 3, p. 4-7, 2015.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128-135.

Michele Carducci aproxima o seu conceito de mutação constitucional ao de vicissitude de Jorge Miranda. Para ele, as mutações são todos os fenômenos de alteração da Constituição, de acordo com práticas da realidade, produzidas por quaisquer causas, por meio de um procedimento formal ou informal, e de qualquer conteúdo. Dessa forma, o tema não se restringe a fontes não escritas ou *extra ordinem*.¹⁷⁸

Carducci defende que as mutações constitucionais podem manifestar-se de diversas formas e modalidades. A doutrina diverge significativamente dessas manifestações, não existindo sobre isso uma posição pacífica. A própria Carducci não esgota o tema, apenas menciona algumas hipóteses em que a mutação pode ocorrer. São elas: 1) por meio de atos e fatos normativos: de modificação, substituição, derrogação, de disposição constitucional, fatos normativos suplementares do texto constitucional, atos/ fatos normativos dos ordenamentos supranacionais; 2) por meio da interpretação: interpretação do texto constitucional; transformação dos conceitos expressos no texto constitucional, recursos à interpretação das fontes externas ao sistema constitucional estatal; 3) por meio das funções: pela falta de exercício de uma função, por omissão das obrigações constitucionais, por intervenções aditivas ou manipulativas.¹⁷⁹

Carlos Blanco de Moraes classifica as mutações de forma semelhante a Carducci. Ele as classifica como fontes fáticas de formação espontânea; fontes ato e fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa. Nas palavras do autor:

i) Fontes fáticas de formação espontânea: é o caso do costume (*praeter e contra legem*); das práticas e de convenções constitucionais consolidadas que alteram o funcionamento do sistema político criando regras informais, umas vinculativas e outras ordenadoras *soft law*; do desuso de princípios e regras, gerador de sua nominalização progressiva ou da sua caducidade normativa; e de omissões constitucionais suscetíveis de integração reflexa pelo legislador, pela Administração ou pelos tribunais;

ii) Fontes ato geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas que, mais ou menos intencionalmente, vão desaplicando ou derogando informalmente o sentido das normas da Constituição, derrogação essa que se vai sedimentando sem contraditório relevante ou sanção: é o caso de decisões legislativas e administrativas *contra constitutionem* do direito positivo da União Europeia contrário à norma constitucional escrita; do desenvolvimento inovatório e discricionário de princípios proteiformes como o princípio da subsidiariedade, com relevo para as relações entre o poder central e territórios autônomos, bem como entre o

¹⁷⁸ CARDUCCI, Michele. CARDUCCI, Michele. I mutamenti costituzionali informali come oggetto di comparazione-Introduzione - Dualismo e monismo nella osservazione dei mutamenti costituzionali informali. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, p. 1643, 2009.

¹⁷⁹ CARDUCCI, Michele. Sobre a distinção entre mutações constitucionais informais “puras” e “impuras”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 4, n. 15, p. 199-215, jul./set. 2010, p. 202.

Estado e a União Europeia; e do impacto político do trans-constitucionalismo cosmopolita corporizado em tratados que disciplinam direitos fundamentais;

iii) Fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais e envolvem, em níveis de intensidade diversa, tanto as chamadas sentenças aditivas de revisão constitucional, como também uma intensa e impalpável atividade construtiva e inovadora de desenvolvimento dos princípios e normas constitucionais, tecida a partir da função hermenêutica dos Tribunais Constitucionais e das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁸⁰

Biscaretti di Ruffia¹⁸¹ também contribuiu para o tema, ao analisar o fenômeno aqui denominado de mutação. Ele percebeu que a realidade constitucional alterava informalmente a Constituição, pois, apesar de o texto manter-se inalterado, o conteúdo da norma constitucional era modificado, em razão da incidência dos seguintes fatores, que podem ser enumerados de duas maneiras: as primeiras referem-se a condutas do poder estatal, sendo subdividas em: a) as modificações geradas por condutas dos órgãos do poder político. Aqui se incluem todos os atos emanados do Poder Legislativo, executivo e judiciário, quando atuam na elaboração de atos normativos (leis, regulamentos, portarias, etc.); b) as modificações geradas pelo exercício da atividade jurisdicional, que englobam todas as decisões judiciais, mas dá-se especial relevo às decisões proferidas em controle de constitucionalidade. No segundo grupo, estão as mutações oriundas de fatos: a) as de caráter jurídico, tais como os costumes e o desuso; b) as de natureza político-social, cujos exemplos seriam as normas convencionais e as práticas constitucionais. Essa classificação também é a adotada por Anna Cândida da Cunha Ferraz.¹⁸²

Meirelles Teixeira, por sua vez, nomeia a interpretação constitucional, os costumes e as leis complementares como as modalidades ou espécies dos processos de alteração informal da Constituição.¹⁸³ Já Pierandrei discriminou dois tipos de espécies de mutação tácita em razão das suas fontes de proveniência: as resultantes de atos dos

¹⁸⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos. In: FELLET, Andre; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 496.

¹⁸¹ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti; ROZMARYN, Stefan. *La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe occidentale et dans les états socialistes*. Torino: Libreria Scientifica Editrice G. Giappichelli, 1966, p. 60-68.

¹⁸² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 13.

¹⁸³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Apostilas de Direito Constitucional. São Paulo: FDAUSP, 1961, Mimeo, p. 72/73.

órgãos fundamentais do Estado e as derivadas de fatos normativos, tais como costume e convenções constitucionais.¹⁸⁴

Não existem classificações certas e erradas, mas sim úteis e menos úteis, razão pela qual, após um esboço geral, sem a intenção de esgotar o tema, é possível perceber que, embora existam diferentes classificações, apesar dos diversos nomes, há certa aproximação entre elas.

Uma vez que a escolha de uma determinada classificação afeta a forma de apresentação desta tese, principalmente a maneira pela qual se enfrenta o tema, houve a necessidade de utilizar uma nova forma de classificar o instituto. Por essa razão, para fins metodológicos, essa nova classificação a ser adotada neste trabalho, embora tenha sofrido influência de todas as classificações acima descritas, será explicitada a seguir.

Uma premissa aqui adotada é a de que a mutação sempre se origina por meio de uma conduta de um dos órgãos do poder político. Mesmo as mutações oriundas de fatos, como o costume e o desuso, só são reconhecidas efetivamente como uma mutação a partir do momento em que são adotadas por um órgão do poder político. Em suma, só há que se falar em costume ou desuso se esse ato for praticado por um órgão do poder político; fora isso, não há interesse jurídico no ato. Logo o único fundamento usado para manter a referida separação tem apenas uma finalidade metodológica, ou seja, visa estudar melhor o instituto, tendo em vista as características peculiares de cada grupo.

A mutação pode ser classificada, primeiramente, quanto a sua origem. Assim, embora toda mutação se origine de um ato de poder político, é possível subdividir o tema da seguinte forma: 1) as modificações operadas em virtudes dos fatos, englobando aqui os costumes, desuso, normas convencionais e as práticas constitucionais; 2) as modificações operadas por atos normativos; 3) as modificações operadas a partir da concretização das normas não exequíveis por si mesmas pelo poder judiciário; 4) a mutação oriunda da interpretação constitucional, sendo que esse item engloba não só os atos realizados pelo poder judiciário, mas todos os atos realizados pelos demais agentes políticos que também interpretam a Constituição. É importante observar que os gêneros aqui elencados comportam todas as espécies descritas por Carducci e Carlos Blanco de Moraes. Todavia, não comporta os processos anômalos,

¹⁸⁴ PIERANDREI, Franco. *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953, p. 93-94.

que se caracterizam pela não implementação de direitos garantidos constitucionalmente. A razão dessa exclusão será analisada no Capítulo 5.

É forçoso relembrar o que já foi exposto no tópico anterior ao se discutir o conceito da mutação constitucional, pois, embora seja possível classificar várias fontes das quais a mutação se origina, isso não quer dizer que todo ato oriundo dessas fontes acarretará mutação constitucional, uma vez que o instituto da mutação é um ato complexo, que exige a configuração de outros requisitos já analisados. Logo, a título de esclarecimento, nem todo ato oriundo de uma das quatro fontes retromencionadas será, necessariamente, uma mutação constitucional, todavia toda mutação constitucional, necessariamente, terá sido originada de uma das quatro fontes detalhadas no parágrafo anterior.

Por fim, as mutações podem ser classificadas quanto a sua compatibilidade com o texto constitucional. Nesses casos, as mutações se subdividem em constitucionais e inconstitucionais. As mutações inconstitucionais são aquelas que não respeitam os limites impostos às mutações constitucionais, sendo consideradas constitucionais todas aquelas que respeitam os limites fixados para o instituto da mutação.

Toda mutação constitucional se origina de uma conduta ou omissão dos órgãos do poder político. Mesmo os costumes e as práticas constitucionais só ganham relevância quando incorporados ao ordenamento jurídico pelos órgãos do poder político. Assim, pode parecer, inicialmente, redundante falar em mutações geradas por condutas dos órgãos do poder político, porém a opção por essa nomenclatura se dá apenas para fins didáticos.

3 LIMITES AO DIREITO NÃO ESCRITO

3.1 Normas constitucionais não escritas

O fato jurídico, em sentido estrito, é todo acontecimento natural ou humano apto a produzir efeito jurídico. O fato pode ser tanto lícito como ilícito. A ilicitude não o retira do conjunto dos fatos jurídicos.¹⁸⁵

De toda forma, competem as mudanças sociais a dinâmica de juridicização ou desjuridicização dos fatos, que nada mais é do que o processo de adjetivação do fato para que se torne um fato jurídico ou deixe de sê-lo, sendo que o fato só passa a existir para o mundo jurídico no momento em que se juridiciza.

Os atos jurídicos, por sua vez, diferenciam-se dos fatos jurídicos em face da exteriorização da vontade. Não há, neste momento, preocupação com a classificação dos atos jurídicos; pelo contrário, o termo é aqui utilizado de forma *latu sensu*, com intuito de englobar todos os atos jurídicos, inclusive os de sentido estrito, os negócios jurídicos e, para aqueles que adotam a teoria do ato-fato, os atos-fato.¹⁸⁶

Um ato ou fato jurídico pode ensejar alterações informais nas normas vigentes na sociedade. É claro que a mutação não ocorre pelo ato ou fato jurídico em si, mas pela solução ou pela forma como determinado ato ou fato será trabalhada pelos órgãos do poder político.

Desse modo, caso a ilicitude de um fato jurídico seja aceita pela sociedade e os meios de persecução deixem de puni-lo de forma reiterada e permanente e os entes do poder político concordem com a não punição, poder-se-á estar diante de um caso de mutação inconstitucional,¹⁸⁷ se a norma descumprida estiver inserida no texto constitucional. O caso poderia se enquadrar num costume *contra legem*. Essas inconstitucionalidades oriundas do mundo dos fatos serão analisadas no Capítulo 5. Neste tópico, aprofundar-se-á apenas no estudo dos costumes *secundum e praeter legem* e as práticas constitucionais que não contrariam a Constituição, mas sim a

¹⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, , 2000, Tomo II, p. 222.

¹⁸⁶ Pontes de Miranda desenvolveu a categoria do ato-fato jurídico, sendo uma categoria intermediária entre o ato jurídico e o fato jurídico. Trata-se de uma espécie de *fato jurídico em sentido amplo*. É, na verdade um comportamento humano que determina a produção de efeitos jurídicos, todavia o ato é desprovido de consciência ou intenção na sua realização. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de picolé por uma criança. *Ibidem*, p. 52.

¹⁸⁷ Veja que a situação aqui exposta é muito diferente do simples caso de existirem fatos ilícitos não punidos. Em suma, não é porque existem inúmeros crimes de homicídio na Baixada Fluminense que isso quer dizer, por si só, que o art. 121 do Código Penal Brasileiro está em desuso.

complementam, seja preenchendo umas lacunas ou mesmo concretizando uma norma constitucional. A análise dos atos inconstitucionais será deixada para o capítulo específico, embora neste capítulo o instituto seja visto “*en passant*”.

O fato é que uma Constituição se modifica também por meios informais,¹⁸⁸ ou seja, por procedimentos não escritos nos textos das constituições. Esses procedimentos de alteração também podem ter a sua origem em fatos. Nesses casos, essas fontes fáticas podem ser concretizadas por meio de costumes, convenções, práticas políticas, correção constitucional e precedentes.¹⁸⁹

Muito já se debateu sobre a hierarquia das normas não escritas em face das escritas. É importante mencionar que os costumes já desempenharam papel extremamente relevante em alguns ordenamentos jurídicos, como foi o caso, na Antiguidade, das Unidades Políticas da Grécia Antiga, da Monarquia e da República Romana, uma vez que a maioria das normas era de origem consuetudinária.¹⁹⁰

Todavia, com o surgimento das normas escritas, o costume foi cada vez mais relegado a um papel secundário. Esse fenômeno é, inclusive, justificado pela dificuldade de legitimar esses atos em face da legislação escrita que não os prevê.

Apesar de o direito consuetudinário ser considerado, com frequência, como um instituto que teve a sua origem no Direito Romano, ele é resultado da ideia jurídica da Escola Histórica, que nada mais é do que a redução de todo o Direito ao espírito do povo (*Volksgeist*). Porém logo a doutrina abandonou a ideia do espírito do povo, exigindo-se como condição e fundamento do direito consuetudinário apenas dois requisitos: a repetição do fato e *a opinio iuris et necessitatis*,¹⁹¹ ou seja, o consenso do grupo.

A doutrina se divide em duas vertentes: uma defendida por Jellinek, que tem por base a força normativa dos fatos, e outra que afasta qualquer normatividade oriunda dos fatos, que encontra defensores como Dau-Lin, que sustenta que o elemento do dever

¹⁸⁸ Nesse sentido, Biscaretti di Rufia afirma: “resultaria gravemente errôneo considerar que as únicas modificações dos ordenamentos constitucionais são as determinadas pelas reformas formais propriamente ditas dos textos de suas constituições. Com efeito, se se quer realmente conhecer o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado, é necessário também ter presentes as múltiplas modificações não formais das normas constitucionais, que sempre ocorrem de modo mais acentuado, segundo os diversos ordenamentos”. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 561.

¹⁸⁹ Sobre o tema, cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 53 *et seq.* e VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 2007, p. 243.

¹⁹⁰ LISBOA, *op. cit.* p. 53.

¹⁹¹ SEGADO, Francisco Fernández. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124.

(*sollen*) de uma norma jurídica nunca é resultado do elemento do ser (*sein*).¹⁹² No mesmo sentido, Pierandrei defende que as mutações tácitas da Constituição não podem derivar de regras convencionais, uma vez que estas não são regras jurídicas. Embora esse autor não aceite que as regras convencionais alterem a Constituição, ele admite que elas possam produzir efeitos e gerar consequências de grande vulto no âmbito de funcionamento dos Estados, uma vez que tais regras interferem no funcionamento das instituições políticas de um determinado Estado.¹⁹³

Assim, mesmo aqueles que negam a sua força normativa admitem que as normas constitucionais não escritas, de alguma forma, compõem todos os ordenamentos jurídicos, mesmo os que não as prevejam expressamente como fonte de direito. Isso, muitas vezes, é visto como um problema, principalmente em face das normas não escritas que contrariam o direito posto.

Alguns autores tentam restringir a possibilidade de os costumes e das convenções constitucionais serem ou não fontes do direito apenas para os ordenamentos constitucionais que adotam constituições rígidas, pois, segundo eles, os costumes podem alterar a Constituição dos ordenamentos que adotam constituições flexíveis e aqueles que não possuem uma Constituição formal, como o Reino Unido.¹⁹⁴ Todavia, mesmo no cenário de uma constituição rígida, o problema é o mesmo das constituições ditas flexíveis. Isso porque tanto em uma quanto em outra o costume terá revogado uma lei formalmente aprovada, não interessa o quorum e o rito de aprovação. No final das contas, a Constituição está sendo alterada sem observar a forma prevista nela própria. Esse problema de compatibilidade só deixa de existir nos ordenamentos jurídicos que expressamente preveem o costume como fonte primária do direito ou que não possuem uma Constituição escrita.

Por essa razão, a omissão dos costumes como fonte do direito pode ser interpretada como uma opção do órgão constituinte a favor da chamada *perspectiva político-constitucional*. Nesse sentido, a escolha de não incluir o costume como fonte do direito é, de fato, optar pelo primado do direito escrito e pelos postulados políticos do Estado Democrático de Direito: o princípio da soberania representativa e o da separação

¹⁹² DAU-LIN, Hisü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 125.

¹⁹³ PIERANDREI, Franco. *La Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953, p. 119-120.

¹⁹⁴ PEGORARO, Lúcio. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299.

dos poderes. O primeiro princípio garante exclusividade ao Poder Legislativo, cujos membros são representantes diretos do povo para elaborar as leis, logo apenas eles detêm o poder de formular regras ou normas jurídicas e não quaisquer outros poderes do Estado, por exemplo, o Poder Judiciário. A exclusividade alcança também outras vontades, mesmo que essa vontade seja do povo, no contexto da escola histórica. Nessa vertente, o costume deixa de ser fonte de criação do direito, mas pode subsistir como meio de prova da existência dessa regra.¹⁹⁵ Ocorre que há um problema na perspectiva *político-constitucional*: o único meio de prova da existência de uma regra ou norma, nessa perspectiva, é o direito escrito, logo o costume não poderia ser objeto de prova, pois a única fonte de direito é o direito escrito pelo Poder Legislativo.

Ante o exposto, torna-se necessário analisar as fontes-fatos, especificamente, o costume, a convenção, a correção, a prática e o precedente, a fim de verificar se elas realmente são fontes do direito, e, em caso positivo, é necessário traçar limites para as mutações constitucionais que esses institutos podem acarretar.

Todavia o interesse do presente capítulo é apenas apontar limites para as mutações ditas constitucionais. Isso não quer dizer que as fontes-fatos não possam acarretar mutações inconstitucionais, tanto assim o é que o tema “mutações inconstitucionais”, incluindo aí as possíveis mutações geradas por normas constitucionais não escritas, será tratado em capítulo próprio.

3.2 Regra consuetudinária e processo consuetudinário

A natureza jurídica do costume parece ocupar uma posição ambígua, pois ora está em situação na qual é tratada quase como um sobrevivente de um direito há muito não existente, um fato histórico, algo à beira de extinção, outras vezes, pelo contrário, é visto como se fosse responsável pela origem de todas as outras normas. Esse antagonismo ocorre em face da natureza e do papel desempenhado pelo costume na teoria do direito.¹⁹⁶

Essa atitude de redução do papel dos costumes não é algo recente. Muito antes do positivismo, já no século XV, iniciou-se o procedimento de incluí-los, por

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 861.

¹⁹⁶ “É que o reconhecimento da natureza e o papel do costume representa uma questão essencial que opõe às principais orientações da teoria do direito: positivismo ou realismo, modernismo ou pluralismo, instantaneísmo ou continuísmo”. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 107.

escrito, na legislação. Logo o costume deixou de ser visto como fonte do direito, para alcançar um status menor, de fonte subalterna do direito. A escola da Exegese, no século XIX, acreditava que as codificações acarretariam a extinção do instituto.¹⁹⁷

Não foi o que ocorreu, embora o costume realmente não mais ocupe um papel de extremo destaque nos ordenamentos jurídicos de países de *civil law*. O fato é que ele ainda persiste. Embora não ocupe mais a posição de principal fonte do direito, há dúvida se o costume ainda se configura como fonte do direito ou apenas possui uma função de complementação, como se fosse uma fonte secundária. Ocorre que a questão não se esgota apenas no fato de se enquadrar ou não o costume como fonte do direito, resta ainda explicar como o fato torna-se direito.

O positivismo não consegue fundamentar, juridicamente, a partir de quando um fato se transmuda em direito e como um costume pode ter uma relação de antinomia diante de uma regra expressa. O costume *contra legem* ataca, ou pelo menos relativiza, a força das normas. Em face dessas questões ditas insolúveis, é mais fácil e lógico afastar o problema, a ponto de enquadrá-lo como algo complementar. Admite-se o costume *secundum e praeter*, por ser acessório e, claro, de menor importância, mas não se admite que a exceção se transforme em regra, ao ponto de subverter a lógica jurídica dominante.

Era exatamente isso que a Escola Histórica defendia, pois permitia que os fatos sociais, a tradição e os costumes fossem considerados como fonte do direito. Essa corrente foi defendida por nomes como Eugen Ehrlich, com o seu direito vivo, e François Gény, com a livre investigação. A partir desse ponto de vista, a norma editada pelo Estado só tem fundamento de validade jurídica se estiver de acordo com os fatos consuetudinários, ou então a própria norma deveria sempre ser complementada toda vez que comportasse mais de uma interpretação. Essa complementação deveria ocorrer pela via do direito consuetudinário, seja pela tradição, pelo costume, pela realidade ou por outros fatores sociais. Em resumo, na corrente histórica, o costume assume um papel de destaque na seara da teoria do direito.¹⁹⁸

Ost questiona se a solução para o caso do costume é apenas adotar uma ou outra corrente. Ele qualifica essa forma de pensar de reducionista, pois, de um lado, não haveria direito se não fosse o oficial, aquele emanado de um órgão do Estado e desde que tenha sido observado o processo legislativo descrito na Constituição, e de outro, o

¹⁹⁷ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 107.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 109.

direito vivo, que só encontra existência nas opiniões difusas e nas práticas coletivas dos sujeitos de direito.¹⁹⁹

Serge Sur tenta demonstrar que, conforme Shakespeare, “existem mais coisas entre o céu e a terra do que admite a nossa vã filosofia”.²⁰⁰ Ele tenta conciliar as duas medidas, de tal modo que uma não seja excludente da outra, mas que convivam, até certo ponto, harmonicamente. Até certo ponto porque uma, em algum momento, interfere, significativamente, na outra, rompendo a harmonia até então existente.²⁰¹

Porém o fato interessante defendido por Serge Sur e adotado por Ost é que as normas consuetudinárias apenas ganham força normativa a partir do momento em que elas são assimiladas, da forma que a legislação assim o preveja, por um determinado ordenamento jurídico.

Dessa forma, as normas primárias e secundárias de um determinado ordenamento jurídico podem assimilar, na maioria das vezes, os costumes dentro do direito oficial, o que fatalmente fará com que o costume seja consagrado naquele ordenamento. Todavia os mencionados autores ainda defendem que, mesmo após a incorporação do costume pelo direito oficial, ainda assim se estará diante de um caso de regra consuetudinária. Isso porque os processos consuetudinários não são absorvidos pelo ordenamento jurídico por meio de uma norma positiva, pois, diferentemente das normas positivas em que é possível identificar a sua origem – o tempo e o lugar do seu surgimento – esses processos atuam como um “fluxo” imanente.²⁰² É interessante notar como essa corrente se aproxima da teoria do poder constituinte difuso.

Essa visão de Ost é interessante, pois, a partir do momento em que os costumes são vistos como um fluxo, não há espaço para se discutir quantos precedentes são necessários para concretizar um costume. Da mesma forma, questões como se o costume tira a sua força obrigatória de uma norma formal ou de si mesmo, perdem, a princípio, o interesse prático. Pois, como o costume é um fluxo permanente de transformação do direito, ele surge toda vez que esse fluxo aparecer na vida jurídica, sendo que, provavelmente, toda vez em que ele aparece, será incorporado em uma determinada norma, mas isso não esgota o fluxo do processo que poderá, no futuro,

¹⁹⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 108.

²⁰⁰ “There are more things in heaven and earth, Horatio. Than are dreamt of in your philosophy.” SHAKESPEARE, William. *The tragedy of Hamlet*. Cambridge: University Press, 1904, Act 1, Scene 5.

²⁰¹ SUR, Serge. La coutume internationale. Sa vie, son œuvre. *Droits*, n. 3, 1986, p. 114.

²⁰² *Ibidem*, p. 114 e OST, *op. cit.*, p. 108.

acarretar novo influxo transformador.²⁰³ Todavia a questão relativa ao momento a partir de qual um costume passa a vigor continua sem resposta, pois em que momento efetivamente o costume surge na vida jurídica não é algo respondido pelos defensores dessa tese.

A temporalidade que caracteriza esse fluxo é simultaneamente muito antiga (sempre mais antiga do que a fonte “positiva” que o consagra e o sanciona) e sempre nova, já que nada detém a sua capacidade permanente de autotransformação (nesse sentido o processo consuetudinário é sempre mais jovem do que as fontes jurídicas oficiais).²⁰⁴

Dessa forma, ou o costume só tem interesse a partir do momento em que ele é incorporado ao ordenamento jurídico, ou seja, só nesse momento o fato se torna direito, logo, o fato de ele ser ou não um fluxo é irrelevante; ou, ao contrário, o fato de ele ser um fluxo é extremamente relevante a tal ponto que a sua incorporação pelas fontes oficiais é irrelevante, pois o costume produziria regulares efeitos, sendo, na verdade, uma fonte extraoficial. Nesse último caso, o problema que persiste é a partir de quando o fato se transforma em direito. O momento em que o fato se torna costume constitucional é o mesmo em que desponta uma mutação constitucional no ordenamento jurídico.

3.3 A mutação por costume constitucional e as lacunas

Primeiramente, cumpre esclarecer que o costume, em regimes de Constituição formal, não cria originalmente normas constitucionais, uma vez que a Constituição nasce de um ato jurídico denominado ato constituinte. Logo o problema do costume em sistemas de Constituição formal não tem relação com a criação ou a formulação de normas originárias via costume, mas sim com a criação superveniente de normas constitucionais, uma vez que o costume se projeta sobre normas constitucionais formalmente produzidas por meio de atos oriundos do poder constituinte originário ou derivado.²⁰⁵

O grande problema que emerge do costume é: como compatibilizar normas constitucionais consuetudinárias com a Constituição formal? A dificuldade inicia-se

²⁰³ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 108.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 108.

²⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo IV, p. 117.

com a possibilidade jurídica de existirem normas costumeiras num regime de Constituição formal, pois, nessa última, o poder político é exercido segundo as formas e nos termos da Constituição. Além disso, o fato é que, normalmente, as Constituições formais são silentes quanto à possibilidade jurídica de uma norma costumeira alterar a própria Constituição. As Constituições ditas rígidas, ao contrário, apenas permitem que o seu texto seja alterado por um processo legislativo diferente e mais dificultoso do rito previsto para as leis ordinárias.

Historicamente, não havia correlação entre direito e lei, esta compreendida apenas como a norma escrita, tanto assim que Arthur Kaufmann registra que “nos tempos anteriores a 1800, a maioria dos juristas e filósofos não considerava as leis e o direito idênticos; a Aristóteles, Cícero, Tomas de Aquino ou Thomas Hobbes, por exemplo, não ocorreria medir ambos pela mesma bitola”.²⁰⁶ Essa maneira reducionista de enxergar o direito só foi concretizada com a adoção de uma nova perspectiva iluminista e liberal. Apenas com a incorporação dos institutos do Estado de direito e do princípio da legalidade, que têm como requisito a redução do direito à lei, as demais fontes do direito foram excluídas.²⁰⁷

No século XVIII, a lei foi colocada no ápice do ordenamento jurídico, o princípio da legalidade ganhou forças a partir da Revolução Francesa, uma vez que a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim o consagrou:

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Essa visão solene de que a lei é a expressão da vontade geral de todos os cidadãos “inspira o processo legislativo típico dos regimes constitucionais pluralistas, acarretando uma supremacia do Parlamento e, em consequência de seu produto, a lei”.²⁰⁸

Rapidamente, o princípio da legalidade alcançou patamares superiores, a ponto de se identificar como corolário da própria noção de Estado de Direito. Todavia, a

²⁰⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2004, p. 203-204.

²⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 24.

²⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

partir da segunda metade do século XIX, o fenômeno de culto ao texto que, inicialmente, era visto como um dogma, o pilar do Estado de Direito, entrou em crise, pois o consenso material que sustentava o Estado Liberal, o fato de a lei ser a expressão da vontade geral, foi sendo corroído, uma vez que começaram a perceber que não existia uma vontade geral absoluta, racional, na produção do ato normativo, mas sim que este era fruto do jogo político.²⁰⁹

Uma vez que o poder não deixa vácuo, a partir do momento em que a lei não estava mais apta a preencher integral e individualmente a totalidade do espaço de fonte do direito, pois perdera a sua solenidade, deixou de ser a expressão da vontade geral e o marco de limitação do poder. Outras fontes até então desprezadas pelo liberalismo tornaram-se aptas para dividir com a lei as atribuições de fontes do direito.²¹⁰

Essa experiência, desde cedo, foi vivenciada pelos EUA, pois, para os americanos, o texto não encerrava, definitivamente, o seu ordenamento jurídico, uma vez que dele não era possível extrair todas as soluções para os problemas jurídicos que assolavam o seu país. Claro que isso ocorreu em face da forte influência do *common law* no direito norte-americano. Bruce Ackerman afirma que “não podemos supor cegamente que o texto constitucional formal nos diz (ou deve dizer-nos) tudo o que precisamos saber”²¹¹ e Marcello Caetano considera que se engana quem acredita que a Constituição dos EUA está contida no texto de 1787 e nos seus 25 aditamentos.²¹²

No direito constitucional, não se pode olvidar uma importante ferramenta de construção do direito, que é a política. É fato que existe uma série de normas não formais, logo não escritas e não contidas em nenhum texto, seja constitucional ou infraconstitucional, mas que são observadas pela comunidade política com caráter de obrigatoriedade, efetivamente servindo como parâmetro para o exercício do poder.

²⁰⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 10-11. Sobre o tema, Cf, ainda: Manoel Ferreira Filho: “Nesse esquema, a lei é tirada do pedestal, perde a solenidade e o respeito devido ao que é eterno e superior aos caprichos humanos. Deixa de ser fruto da vontade de todos, pois a unanimidade é relegada ao rol das utopias. Reduz-se à expressão da vontade de uma maioria, mutável como cambiante são as maiorias. Passa a ser menos uma limitação ao poder do que um instrumento desse poder, o instrumento de uma política. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

²¹⁰ LISBOA, *op. cit.*, p. 11.

²¹¹ ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

²¹² “Enganar-se-ia, porém, quem julgasse que a Constituição norte-americana está contida no texto de 1787 e nos seus 25 aditamentos. Há muitas normas do governo dos Estados Unidos que foram sendo elaboradas no decurso dos 180 anos de vigência do texto original através da prática oficial e extraoficial, acrescentando novos preceitos aos que se encontram solenemente proclamados pelo processo regular de legislação constitucional”. CAETANO, Marcello; TELES, Miguel Galvão. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, p. 67.

Neste momento é importante conceituar costume. Os costumes são regras oriundas da consciência do povo, porém só ganham força quando aplicados, de forma reiterada, por órgãos que exercem o poder político. Limongi França descreve cinco requisitos para a sua configuração: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.²¹³

Carlos Maximiliano defende que o costume exerce a função de auxiliar a exegese e de servir como direito subsidiário, pois pode ser usado para complementar o direito escrito e preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico.²¹⁴

A omissão do legislador em discriminar o costume como fonte do direito faz com que parte da doutrina considere que esse silêncio eloquente é uma opção política do órgão constituinte a favor da chamada perspectiva político-constitucional.²¹⁵ Isso significa defender que, entre os poderes do Estado, o único que tem o poder de criar o direito é o legislativo. Essa perspectiva amolda-se, perfeitamente, ao sentido do fenômeno do constitucionalismo: primazia da Constituição e do direito escrito, do princípio da soberania representativa e do princípio da separação dos poderes. A questão é que a perspectiva político-jurídica não resolve o problema das fontes do direito, especificamente, em face do direito consuetudinário, razão pela qual Canotilho defende que o costume não deve ser visto como instituto criador do direito, mas como um meio de prova da existência dessa regra.²¹⁶

O problema é que essas normas, como visto, originam-se das práticas dos poderes do Estado, independentemente da função estatal (poder executivo, legislativo e judiciário) e podem alcançar o mesmo patamar de normas constitucionais solenemente contidas no texto Constitucional. Essas normas podem complementar as normas constitucionais, mas, não raro, elas contrariam o que expressamente está contido na Constituição.²¹⁷

Essa realidade é, segundo Georges Burdeau, parcialmente explicada pelo fato de toda Constituição ser originada de modo costumeiro, pois se forma lentamente, a partir de fatores morais e históricos. Assim, um determinado instituto, quando descrito

²¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. *Revista dos Tribunais*, v. 2, 1973, p. 22.

²¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Forense: São Paulo, 2011, p. 189.

²¹⁵ Sobre o tema, cf. NEVES, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 419.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 862.

²¹⁷ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 17.

de forma estatutária, já estava fixado por um conjunto complexo de tradições, de uso, de precedentes, de princípios, que forma o direito costumeiro e que depois assume uma dimensão formal.²¹⁸

Essa assertiva de Burdeau é confirmada historicamente, uma vez que, geralmente, primeiro se formam os costumes e a tradição de um determinado povo para depois aparecer o direito escrito. Diz-se geralmente porque há exceções, como os casos em que um povo dominante impõe o seu direito aos subjugados.

Todavia, no momento da codificação, algumas dessas normas podem não ser contempladas no texto constitucional. Esse fato implica a manutenção de práticas que se caracterizam como normas não escritas, pois orientam da mesma forma que as escritas o exercício do poder.

Assim, algumas dessas normas podem preencher determinado vácuo legislativo. Percebe-se que o problema ora analisado refere-se ao preenchimento dessas lacunas legislativas. Dau-Lin critica as observações de Jellinek sobre o tema, por entender que a visão deste é extremamente ampla, pois, para Jellinek, a lacuna constitucional é um fato não contemplado pela Constituição. Se constatada tal omissão, para Dau-Lin, deve o legislador constitucional reformar a Constituição. Porém, caso o legislador permaneça inerte e uma relação jurídica constitucional consuetudinária passe a preencher a lacuna, configurar-se-á uma mutação constitucional.²¹⁹

Porém Dau-Lin²²⁰ considera que as lacunas são um problema do positivismo formalista, pois, para ele, o problema das lacunas estaria superado (posição de que muitos doutrinadores atuais discordam)²²¹ ao se analisar a Constituição como sistema, pois, embora não houvesse um artigo específico sobre o tema, o problema seria superado pela interpretação sistemática, o que, na visão dele, acarretaria também mutação constitucional.

Quando se depara com uma situação que não está prevista na Constituição, essa, de alguma forma, será regulada pela sociedade, seja por meio das regras gerais de direito, dos princípios constitucionais, ou mesmo do direito costumeiro.

²¹⁸ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Tome III, 1989, p. 15.

²¹⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 63.

²²⁰ *Ibidem*, p. 64.

²²¹ Dentre outros, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo II, p. 116-120.

Assim, são os costumes em geral que preenchem essas lacunas, a esses costumes a doutrina nomeou de integrativos ou introdutivos. Anna Cândida da Cunha Ferraz elucida que “o costume integrativo ou introdutivo intervém para preencher lacunas no texto constitucional, complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais”.²²²

É fato que existem costumes *contra constitutionem*, a exemplo do *bill* de indemnidade,²²³ citado por Canotilho, utilizado durante o período de ditadura. Todavia o costume *contra constitutionem*, na visão desse autor, não deixa de ser um costume inconstitucional. A constitucionalização desse costume só será possível a partir do momento em que a Constituição for formalmente alterada.²²⁴

Independentemente de o costume ser *praeter, contra* ou *secundum legem*, ele sempre acarretará numa mutação constitucional, pois nada mais é do que uma mudança produzida por fatos, sem alteração formal do texto da norma constitucional.

Ocorre que, embora o costume, na atualidade seja uma fonte de direito secundária,²²⁵ historicamente não o foi. Tanto assim, que, na história do direito francês, foram os costumes que regularam as regras de sucessão da coroa, o exercício do poder, os direitos do poder central, durante o império merovíngio e carolíngio, suplantando, inclusive, as demais fontes de direito até o seu declínio, que ocorreu com o final do período feudal.²²⁶

Pode-se afirmar que a partir do século X, os costumes praticamente suplantaram as antigas leis e tornaram-se a única fonte de direito até o final do século XII. Todavia, mesmo após esse período, não houve grandes antinomias entre leis e costume, pelo simples fato de que as leis desse período apenas colocavam por escrito as normas que já eram costumeiras, vez ou outra apenas corrigindo possíveis excessos oriundos do direito consuetudinário.²²⁷

²²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 191 *et. seq.*

²²³ O mencionado instituto “serve para apagar a responsabilidade penal ou civil dos membros do Executivo e seus subordinados quando, em caso de emergência, violem a Constituição ou as leis”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 862.

²²⁴ *Ibidem*, p. 1094.

²²⁵ Fonte secundária desde que os costumes sejam *praeter* ou *secundum legem*.

²²⁶ GOUET, Yvon. *La coutume en Droit Constitutionnel International*. Paris: A. Pedone, 1932, p. 3-4.

²²⁷ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 74.

A partir de 1454, com a promulgação da primeira medida legislativa (*Ordonnance de Montis-lès-Tours*), que claramente afrontou o âmbito até então regulado pelos costumes ao determinar que todas as normas costumeiras, para terem validade, deveriam ser colocadas por escrito, acabou-se com a preponderância do direito consuetudinário.²²⁸ Por essa razão, a data de 1454 é tida, por alguns, como o marco do fim da Idade Média.²²⁹

Durante o século XV, com o poder novamente centralizado nas mãos do monarca, os costumes viram o seu prestígio ser restaurado. Embora não ocupassem mais o papel de única ou principal fonte do direito, é fato que desempenhavam papel de destaque no Antigo Regime.²³⁰

Com a queda do Antigo Regime e o medo que pairava na França quanto às antigas tradições, consideradas obscuras e que acumulavam erros grosseiros na forma de governar o povo, os teóricos da Revolução Francesa consideraram a doutrina da Constituição escrita mais perfeita, uma vez que, caso se percebesse alguma equivocidade de uma determinada norma, essa era facilmente substituída por uma outra.

Com a preponderância, no mundo, do Estado de Direito, ou seja, das normas escritas, a partir do século XIX, as demais fontes do direito, incluindo o direito consuetudinário, perderam forças e, se antes, o direito costumeiro ocupava um lugar no centro do sistema, com a alteração de paradigma, ele ficou à margem do sistema e passou a ocupar um papel de fonte secundária, pois visava complementar a principal fonte do direito, a lei.

O mesmo problema também pode ocorrer em uma determinada Constituição, pois, se uma norma consuetudinária pode alterar, na prática e sem previsão, uma norma infraconstitucional, por que isso não poderia ocorrer com normas constitucionais? Novamente, como compatibilizar normas consuetudinárias com uma Constituição formal?

Jacques Chevalier, em 1970, ao analisar o tema da vertente do direito francês, defende que a importância dada aos costumes é meramente artificial, pois ele objetiva apenas fundamentar as práticas políticas contrárias ao direito escrito.²³¹

²²⁸ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 74.

²²⁹ LEBRUN, Auguste. *La coutume: ses sources – son autorité en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932, p. 25.

²³⁰ GOUET, Yvon. *La coutume en Droit Constitutionnel International*. Paris: A. Pedone, 1932, p. 5.

²³¹ CHEVALLIER, Jacques. *La coutume et le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 1379-1380.

No mesmo sentido, Carré de Malberg também considera que todos os defensores do costume como fonte do direito o fazem para justificar um estado de coisas estabelecido de fato, o que equivale a dizer que essas situações carecem de fundamento jurídico.²³² Essas práticas, na verdade, seriam “falseamentos da Constituição”.²³³

Os que defendem a não admissibilidade dos costumes como fonte do ordenamento jurídico o fazem com fulcro na superioridade e rigidez constitucional, bem como na volubilidade da regra costumeira, pois bastaria uma única atitude em contrário para que o uso, um dos seus requisitos, desaparecesse.

Todavia há na doutrina aqueles que defendem a situação dos costumes como fonte do direito. Leon Duguit, por exemplo, entende que o direito não é uma criação do Estado. A força jurídica da norma repousa na consciência social, e a lei é apenas um dos modelos que expressam essa consciência. O direito pode ser constatado pelo legislador, por meio da lei, mas também pelo costume, que resulta das práticas reiteradas pelos governantes.²³⁴

A possibilidade de a lei ser complementada por normas costumeiras é assunto relativamente pacífico, pois os costumes *praeter* e *secundum legem* acabam por preencher um espaço normativo não atingido pelas normas formais. Isso pode ser explicado pelo fato de que a existência de uma Constituição formal não exclui a proibição de outras fontes do direito, ou seja, não determina a sua exclusividade, mas sim a sua primazia. Em resumo, onde a Constituição não chega, o costume pode atuar.²³⁵ Esse ponto de vista é interessante, mas não é uma solução jurídica ao instituto, e sim apenas uma visão pragmática. Como ele não contradiz nenhuma norma e apenas preenche uma lacuna, a aplicação do costume resolve um problema, o vácuo legislativo, e soluciona o caso concreto, porém não se enfrenta o problema de o ser transformar-se em dever-ser.

O grande problema dos costumes é justificá-los e harmonizá-los dentro do ordenamento jurídico, principalmente, quando se fala em costume *contra legem*, pois como explicar que uma norma, que tem a sua validade extraída e justificada de outra

²³² CARRÉ DE MALBERG, Raymond et al. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 621.

²³³ On appelle faussemens de la constitution les déformations que la pratique apporte au fonctionnement des institutions gouvernementales et aux rapports des pouvoirs publics. La pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la constitution et qui posent la question de l'abolition de ces text par le non-usage. HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929, p. 260.

²³⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. Ed. E. de Boccard, 1930, p. 159.

²³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 119.

norma superior, perca a sua validade em face de uma norma costumeira que não detém, a princípio, validade jurídica em nenhuma norma superior?²³⁶

Jorge Miranda afirma que o problema levantado é agravado quando a Constituição é rígida, uma vez que ela só pode ser revista por um critério mais dificultoso do que o necessário para a elaboração de uma lei ordinária.²³⁷ Todavia, mesmo no cenário de Constituição rígida, o problema é o mesmo das Constituições ditas flexíveis. Isso porque, tanto em uma quanto em outra, o costume terá revogado uma lei formalmente aprovada, não interessando o quórum e o rito de aprovação. São indiferentes os critérios utilizados pela Constituição ao regular os mecanismos para que ela seja alterada, o problema que persiste é que a Constituição está sendo alterada sem observar a forma prevista na própria Constituição.

Porém, como bem explica Jorge Miranda, a existência de uma Constituição formal “não determina a sua exclusividade, determina (parafraseando Heller) a primazia da normatividade constitucional”.²³⁸ Logo, se o poder é exercido à luz da Constituição, isso quer dizer que ele abrange primeiramente as normas constitucionais escritas e, em segundo lugar, as normas consuetudinárias.

Fato é que existem inúmeros casos que demonstram que uma norma constitucional foi alterada por um costume.²³⁹ Por essa razão, Jorge Miranda classifica o costume *contra legem* como um problema²⁴⁰ que não pode ser harmonizado num sistema em que vigora uma Constituição formal.

Para fundamentar a existência dos costumes constitucionais, deve-se partir não da prática para a teoria; ao contrário, primeiramente devem-se fixar os parâmetros teóricos que permitam balizar a sua validade dentro de um determinado ordenamento

²³⁶ Em regra, as constituições modernas não preveem os costumes como fonte de direito, diferentemente do que ocorre no direito internacional, em que o costume é fonte de direito. Logo é possível, nesses casos, que ocorram antinomias entre duas normas internacionais distintas, uma de origem escrita e outra de origem costumeira. Todavia a mesma antinomia não seria possível caso uma determinada Constituição não dispusesse que o costume, da mesma forma que a lei, é fonte primária de direito. Porém é fato que essas antinomias ocorrem mesmo em face das Constituições que não preveem expressamente o costume como fonte do direito constitucional. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 118.

²³⁷ *Ibidem*, p. 118.

²³⁸ *Ibidem*, p. 119.

²³⁹ “Só em Portugal pode-se mencionar: 1) a desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o art. 168º, nº 3 da Constituição); o surgimento do Presidente da Câmara Municipal, como órgão do município autónomo e com proeminência sobre a Câmara (contra o art. 150º)”. *Ibidem*, p. 124-125.

²⁴⁰ “O costume constitucional *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade. Contudo isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume não existe.” *Ibidem*, p. 46.

jurídico, caso isso não seja possível, realmente se estará diante de um problema jurídico insolúvel.

É fundamental demonstrar a juridicidade dos costumes, caso contrário, ter-se-á uma situação irregular com consequências deveras graves, pois, se o próprio poder de reformar sofre limitações, tanto expressas como implícitas, não seria possível que aquilo que é vedado de ser alterado formalmente pela principal fonte do direito seja autorizado pela via de um instituto não jurídico, mas fático, no caso, o costume.

Os defensores da juridicidade dos costumes os enquadram como fonte-fato do direito constitucional.²⁴¹ O fundamento para a possibilidade de uma norma consuetudinária alterar um texto Constitucional estaria no fato de os costumes serem uma das formas pelas quais o poder constituinte difuso se manifesta;²⁴² ele é um fato normativo.²⁴³ Logo, nesses casos, não haveria limitação constitucional formal nem mesmo cláusulas pétreas que não poderiam ser alteradas por meio do poder constituinte difuso pelo fato de nele não incidirem as mesmas limitações do poder constituinte derivado.

Porém, como é uma fonte-fato do direito, todas as suas manifestações e, como consequência, todos os exemplos fornecidos pela doutrina são retirados da prática, o que só fortalece as críticas de Carré de Malberg de que todas as vezes em que se recorre ao costume para explicar uma situação fática já estabelecida, é porque tais fatos carecem de fundamento jurídico.²⁴⁴

Para averiguar se o costume é um instituto jurídico com força normativa, é preciso verificar como ele se forma. O costume constitucional só se forma por meio das relações ocorridas entre os órgãos constitucionais de determinado Estado, logo, embora o cidadão contribua para a formação de um determinado costume, ele só se forma no momento em que aquele comportamento é adotado por um dos órgãos políticos do Estado.²⁴⁵ Esses órgãos são aqueles que exercem o poder político de determinada

²⁴¹ PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991, p. 232.

²⁴² FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 59.

²⁴⁴ CARRÉ DE MALBERG, Raymond et al. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 621.

²⁴⁵ Entre muitos, CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1948, p. 33; GIROLA, Carlo. *Le Consuetudini costituzionali*. Recueil d'étude en' honneur de François Géný. Paris: Sirey, 1934, Tomo I, p. 13 e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 187.

Constituição, pois não só concretizam os preceitos da vida política do Estado como criam precedentes sobre os preceitos constitucionais.²⁴⁶

Um costume não se origina de um único ato decisório,²⁴⁷ mas também não é possível mensurar o momento correto no qual um costume surge ou desponta no ordenamento jurídico. Todavia é necessário que haja repetição de atos decisórios durante um determinado transcurso de tempo, com clareza e constância, a fim de que aquela norma costumeira seja realmente assimilada pela comunidade jurídica.

Essa assimilação pela comunidade jurídica é, na verdade, um requisito psicológico ou interno para que se configure uma fonte consuetudinária que é denominada pela doutrina de *opinio iuris*.²⁴⁸ Segundo Carolina Lisboa, são duas as funções da *opinio iuris* como elemento constitutivo do costume: ela serve para explicar a obrigatoriedade da norma costumeira, ou seja, a força vinculante da norma e diferenciar as normas jurídicas consuetudinárias das outras que não são jurídicas.²⁴⁹

Todavia a doutrina da *opinio iuris* sofre fortes críticas quanto à necessidade de ela realmente ser um requisito para a formação do costume. Bobbio critica o instituto, pois, segundo ele, a *opinio iuris* sofre de coerência lógica, uma vez que o costume, por possuir a *opinio iuris*, dispensa a edição de uma norma jurídica para lhe dar validade. Todavia a *opinio iuris* pressupõe, para a formação do costume, a preexistência de uma norma jurídica na consciência de quem acata o costume de que aquele comportamento de acatar é obrigatório. Isso forma um círculo vicioso, pois há uma forte contradição em conceber o costume como fundador de um direito e, ao mesmo tempo, exigir que esse direito já deva existir para justificar o surgimento do costume.²⁵⁰ Logo esse elemento subjetivo é posto em xeque pela doutrina, isso porque essas motivações subjetivas são praticamente indemonstráveis e indiferentes à verdadeira juridicidade das normas jurídicas.

²⁴⁶ Sobre o tema, cf. DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1927, Tome I, p. 159: “É a partir do hábito desenvolvido pelos detentores da força pública de agir desta ou daquela maneira que eles mesmos se consideram obrigados a continuar a proceder conforme suas ações anteriores”.

²⁴⁷ Em sentido contrário: LEVY, Denis. *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l’élaboration du droit constitutionnel. Mélanges offerts à Marcel Waline*. Paris: LGDJ, 1974, Tome I, p. 43.

²⁴⁸ Sobre o tema, cf. BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 52-57 e STOLF, Nicola. *Direito Civile*. Turin: UTEC, 1919, Tomo I, p. 125-126.

²⁴⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 99.

²⁵⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 57-60.

O fundamento de validade para as normas costumeiras não estaria então na *opinio iuris*, uma vez que a subjetividade do instituto afasta qualquer possibilidade de se demonstrar que o costume está ou não vigente.

Além disso, da mesma forma, não restam dúvidas de que o costume poderia ser fonte de direito, desde que as constituições previamente o previssem, como ocorre, por exemplo, com o direito brasileiro.

Na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, consta expressamente no art. 4º, Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que o juiz, diante da omissão legislativa, decidirá o caso concreto à luz da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Dessa forma, o costume é elevado ao status de fonte do direito, ainda que subsidiária.

Ocorre que as constituições escritas são silentes em reconhecer o costume como fonte do direito e, invariavelmente, os fatos não previstos como fontes continuam a produzir a norma no âmbito dos ordenamentos jurídicos. Como explicar então a validade dessas normas?

Kelsen enfrentou esse problema. Segundo esse autor, o costume pode ser admitido como fato produtor de normas jurídicas, ainda que não institucionalizado, ou seja, quando não expressamente previsto na Constituição ou em determinado ordenamento jurídico, uma vez que a respectiva autorização é pressuposta.²⁵¹ Logo, se não houver expressa autorização, “tem de se pressupor que a instituição do costume como fato produtor de direito já se operou na norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico”.²⁵²

O problema é que essa linha de raciocínio serve para os dois lados; pode-se interpretar que, se a assembleia constituinte não previu o costume como fonte, é porque efetivamente não quis esse instituto como fonte de direito, tanto assim que, quando o legislador quis que o costume fosse fonte de direito no ordenamento jurídico brasileiro, fê-lo expressamente, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Logo, se o costume fosse fonte produtora pressuposta, não precisaria estar consignado expressamente na Lei de Introdução. Novamente, o mesmo raciocínio ainda sofre brechas e poderia ser rebatido pelos defensores do pensamento kelseniano de que o

²⁵¹ “Tem de ser pressuposta, como tem de ser pressuposto que a Constituição escrita tem o caráter de norma objetivamente vinculante sempre que se consideram como normas jurídicas vinculativas as leis e os decretos de conformidade com ela editados”. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1998, p. 251.

²⁵² *Ibidem*, p. 252.

costume é, sim, fonte pressuposta primária, tanto que, quando o legislador quis que ele fosse fonte secundária, fê-lo expressamente.

Santiago Nino é um dos críticos do raciocínio de Kelsen, pois, para ele, a pressuposição de normas conduz a um raciocínio que tende ao infinito, já que, para que o costume seja válido, não basta apenas supor uma norma fundamental. É necessário supor que ele deriva de outra norma válida, logo que ele deriva de uma norma de nível superior, ainda que essa seja pressuposta. Todavia para que essa norma fundamental seja válida e, como consequência, também seja válida a Constituição que dela deriva, deve-se recorrer a outra norma pressuposta, e assim até o infinito²⁵³.

Em face desse problema, Nino propõe que o critério correto para se verificar se determinada norma pertence a um ordenamento seja o reconhecimento dessas normas pelos órgãos primários do sistema. Esses órgãos são “aqueles autorizados a declarar proibidos ou permitidos os atos de coação, ou seja, que estão efetivamente em condições de dispor o funcionamento do aparelho coativo do Estado”.²⁵⁴

Dessa forma, é fácil perceber que o argumento desse autor muito se aproxima do institucionalismo de Griffin, uma vez que competiria aos órgãos de poder o reconhecimento das normas consuetudinárias. Na visão de Carolina Lisboa, há uma aproximação entre o fundamento de validade do direito e o princípio da efetividade, o qual é, ao seu turno, o fundamento das chamadas fontes *extra ordinem* ou fontes materiais.²⁵⁵

As fontes formais se diferenciam das fontes materiais ou *extra ordinem*, uma vez que as primeiras são aquelas provenientes de mecanismos previamente previstos nos ordenamentos jurídicos, enquanto as segundas são normas que se originam por meio de fato, todavia dependem da aquiescência ou aceitação geral da comunidade.²⁵⁶ Essa aceitação geral se dá por meio do reconhecimento pela comunidade em geral da aplicação de determinado costume pelos órgãos políticos.

Na linha de pensamento de Carolina Lisboa, o fundamento jurídico para o costume ser considerado fonte do direito é exatamente o fato de ele se enquadrar como fonte material ou *extra ordinem*. Assim, os costumes constitucionais teriam a mesma estatura das normas constitucionais formais, o que poderia acarretar antinomias. Nesses

²⁵³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 149-150.

²⁵⁵ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Normas constitucionais não escritas. Lisboa: Almedina, 2014, p. 39.

²⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale*. Il Sistema delle fonti del Diritto. Turim: UTET, 1987, v. 1, p. 269.

casos, prevalecendo o costume, ter-se-á um costume *contra legem* alterando a Constituição.

O raciocínio também não é livre de críticas, pois, ao fundamentar a força normativa dos costumes no princípio da efetividade e em razão da sua aplicação pelas instituições políticas a fim de justificar a sua validade jurídica, ainda se privilegia o fato consumado, logo as críticas de Carré de Malberg, já apresentadas, continuam atuais.

Além disso, em momento algum, os autores que defendem o costume como fonte material ou *extra ordinem* abordaram como as instituições políticas, que foram criadas pelo poder constituinte, ou seja, possuem atribuições expressas e limitadas, podem criar normas, sem observar o rito pré-estabelecido, sendo que algumas dessas ainda são contrárias às criadas pelo próprio poder constituinte, seja originário ou derivado.

Em suma, como a criatura pode alterar a obra do criador, sem a autorização prévia deste? Torna-se difícil justificar que todo o poder emana do povo e que, apesar desse povo ter escolhido um processo formal de alteração das normas constitucionais, ainda assim os poderes responsáveis por aplicar e zelar por essa Constituição a alterem, sem a aquiescência prévia do povo e sem observar o rito estabelecido para tanto, sendo que, em nenhum lugar na norma constitucional se encontra essa previsão material para que esses órgãos políticos ajam dessa forma.

A principal função do direito constitucional é limitar o exercício do poder, logo as alterações perpetradas pelos entes políticos, sem o devido respaldo na norma constitucional, não indicariam, na prática, a preponderância dos fatores reais de poder, transformando a Constituição em mera folha de papel?

Todavia, apesar das dificuldades apontadas, prevalece na doutrina que os costumes *praeter* e *secundum legem* têm força normativa, sendo considerados como fonte fática do direito, cabendo aos juízes o papel de reconhecê-los, não de criá-los, pois os costumes emanam do povo, mas são aplicados pelos poderes políticos do Estado. Todavia, remanesce o problema da validade da norma, pois, para Kelsen:

[...] uma norma é uma norma jurídica válida se (a) foi criada da maneira prevista pela ordem jurídica à qual pertence e (b) não foi anulada quer pela via estabelecida pela ordem jurídica, quer pela via do desuso ou pelo fato de que a ordem jurídica como um todo tenha perdido a sua eficácia.²⁵⁷

²⁵⁷ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1945/1961, p. 120.

Na visão kelseniana, uma norma derivada passa a existir a partir do momento em que o conjunto de requisitos para a sua criação, acima exposto, tenha sido satisfeito. Em suma, é necessário que exista uma norma que disponha como o sistema cria novas normas, uma norma criadora de normas, e a existência dos eventos criadores de normas. Dessa forma, a norma criadora de normas estipulará quais eventos devem ocorrer para que uma nova norma surja.

Porém, curiosamente, Kelsen não descreve os mesmos requisitos para uma norma derivada que extingue normas. Ele admite que, enquanto apenas é possível criar normas derivadas por meio de outra norma superior que lhes dê validade, o mesmo não ocorre com a extinção das normas derivadas. Assim, o costume *contra legem*, o costume negativo, também conhecido como desuso, é admitido. Nas suas palavras: “a desuetudo é como que um costume negativo cuja função consiste em anular a validade de uma norma existente”.²⁵⁸ Enfim, enquanto a maioria da doutrina atual se posiciona pela possibilidade jurídica dos costumes *praeter e secundum legem* e refuta a existência de costumes *contra legem*, Kelsen refuta a existência dos costumes que não contrariam a norma e aceita apenas o costume negativo que retira a eficácia da norma existente, ou seja, o desuso.

Dessa forma, Kelsen vincula a validade da norma à existência de um mínimo grau de eficácia, pois, para ele, “se uma norma não é obedecida por ninguém, em lugar nenhum, em outras palavras, uma norma que não tem pelo menos certo grau de eficácia, não é considerada uma norma jurídica”.²⁵⁹ O problema dessa visão é que ela possui uma contradição interna em seus argumentos, pois, nesse caso, a norma revogadora é criada por meio do costume negativo, mesmo que não haja nenhuma norma no sistema que autorize o costume negativo a funcionar como criador de normas, logo a norma revogadora é criada sem que exista uma norma criadora superior. Nesse ponto, Kelsen difere o costume negativo do positivo, pois, para ele, o positivo só cria normas se a norma fundamental ou outra norma o transformar em processo criador de normas²⁶⁰.

Essa incongruência não passou despercebida por Joseph Raz, que assim sentenciou: “o costume negativo ou dá termino à existência das normas sem criar

²⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 11.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 225-226.

normas revogadoras ou cria estas últimas de uma forma que Kelsen não conseguiu explicar”.²⁶¹

A forma de compatibilizar a existência de fontes materiais ou *extra ordinem* no ordenamento jurídico, sem que uma norma superior formal seja sua fonte de validade e sem imputar toda a responsabilidade aos entes políticos, criados pela Constituição, dá-se por meio da teoria da autorreferência de Joseph Raz, mas, para entendê-la, primeiro é preciso esclarecer que, para Kelsen, apenas a norma fundamental é originária, pois ela não demanda a existência de normas criadoras superiores, logo a sua validade é pressuposta. Como explica Raz, todas as demais normas, para Kelsen, são criadas por atos legislativos, tanto que ele enquadra o costume como um processo de legislação. Por essa razão, “Kelsen não consegue explicar a criação do direito pelo costume e tampouco consegue explicar o direito criado pela via judicial”.²⁶²

Hart, por sua vez, entende que os costumes podem compor o estatuto jurídico, desde que os tribunais o apliquem. Nesse caso, a partir da primeira decisão do tribunal reconhecendo determinado costume como jurídico, ele efetivamente se torna direito, pois essas regras consuetudinárias são reconhecidas juridicamente. A força normativa estaria na aceitação do soberano – Poder Legislativo ou Eleitorado – na aplicação dessas regras jurídicas pelos tribunais. Trata-se do uso da ideia de expressão tácita da vontade do soberano para explicar o estatuto jurídico do costume. O exemplo utilizado por Hart é o do sargento que manda os soldados fazerem uma faxina, sendo que, embora essa ordem nunca tenha sido dada pelo general, o fato de este tomar ciência dela e não se opor significa que ele concordou com a ordem proferida.²⁶³

Raz utiliza as ideias de Hart para defender que, diferentemente do que Kelsen ensinava, existem outras normas que têm origem originária, além da norma fundamental. Ele não nega que a maioria das normas criadas é derivada, mas, segundo Raz, não é apenas a norma fundamental que é original. Outras normas também retiram de si mesmas a sua validade, da mesma forma que o faz a norma fundamental. Essas normas não são incompatíveis com um determinado sistema jurídico.²⁶⁴ Ao contrário,

²⁶¹ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 86.

²⁶² RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 90-91.

²⁶³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 53-56.

²⁶⁴ “Parece-me que o problema deve ser dividido em duas partes: uma que envolva as normas que não fazem parte de nenhum sistema normativo e outra que envolva aquelas pertencentes a sistemas

diferentemente das leis, essas normas isoladas “não são criadas em um momento definido e em consequência de um pequeno número de atos facilmente identificáveis”.²⁶⁵

Como demonstra Hart, elas são padrões de condutas repetidos e aceitos na sociedade por um longo período de tempo e reconhecidos pelos tribunais como atos com força normativa, logo a sua normatividade se justifica no princípio da eficiência. Além disso, “a existência de normas isoladas não pressupõe a existência de nenhuma outra norma”²⁶⁶ que autorize a sua criação, uma vez que elas não retiram a sua validade da norma superior, mas delas próprias, por isso são autorreferentes, sendo que a condição da sua existência é o fato de elas serem reconhecidas pelos tribunais, daí a sua natureza de fontes materiais ou *extra-ordinem*. Nessa linha, os tribunais não as criam, mas as reconhecem.

3.4 Convenção constitucional

As convenções constitucionais são instrumentos de difícil visualização no ordenamento jurídico brasileiro e português, porque o instituto é mais comum no sistema de *commow law*, tanto assim que a maioria dos exemplos utilizados é oriunda do direito inglês ou de sistemas constitucionais de matriz britânica, como o canadense e o australiano. Todavia o tema, com assiduidade, foi objeto de acurado estudo por autores italianos. É importante salientar que nem sempre é possível visualizar com clareza a distinção entre as convenções e o costume.

Como toda norma constitucional não escrita, as convenções constitucionais se originam dos entes que participam do exercício do poder político; são soluções dadas a situações fáticas, de forma reiterada, com pressupostos idênticos ou de grandes similitudes. São, na verdade, regras de conduta criadas sem a respectiva previsão formal para a sua criação, logo são fontes-fatos do direito, da mesma forma que os costumes encontram respaldo no princípio da eficiência. Todavia “não podem ser sancionadas por

normativos. O problema da criação de normas isoladas difere fundamentalmente do da criação de normas que pertencem a sistemas normativos existentes”. RAZ, *op.cit.*, p. 92.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 90-91.

²⁶⁶ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 90-91.

parte dos juízes (mas podem ser reconhecidas por eles, como acontece na jurisprudência canadense e israelita)”.²⁶⁷

O termo “convenção constitucional” foi consagrado por Albert Venn Dicey e Emlyn Wade, que diferenciavam as duas normas que compõem o direito constitucional. Segundo esses autores, o direito constitucional é composto por 1) regras, aqui englobados todos os tipos de leis, princípios, costumes, tradição ou máximas judiciais, em suma, tudo aquilo que compõe o *common law* e que é, de alguma forma, aplicado pelos tribunais no julgamento dos casos concretos e 2) por convenções constitucionais que seriam um conjunto de regras que consiste em entendimentos, hábitos, práticas e outros atos oriundos da repetição de uma mesma solução para um mesmo problema. Mesmo que, as convenções regulem a conduta dos órgãos de poder, não são, na realidade, leis em sentido estrito, pois não são aplicadas pelos tribunais.²⁶⁸ Dicey admitia que as convenções eram frequentemente descumpridas, sem que isso acarretasse alguma sanção jurídica.²⁶⁹ Exatamente por isso, Dau-Lin entende que as convenções constitucionais são muito particulares, uma vez que se modificam de forma flexível e, ante a sua falta de impositividade, elas não devem ser consideradas normas jurídicas, pois as normas jurídicas devem ser constantes e não elásticas como as convenções.²⁷⁰

A palavra “*convention*” foi consagrada no direito inglês. No direito norte-americano, o instituto é conhecido como *usages of the constitution*. Todavia há autores como Wheare que diferenciam os dois termos, sendo que *convention* seria uma “regra vinculante, uma regra de comportamento aceita como obrigatória pelos interessados no funcionamento da Constituição”,²⁷¹ enquanto *usage* “significa não mais do que a prática usual”.²⁷² Logo o *usage*, para aqueles que o diferenciam de *convention*, assemelha-se a uma das figuras afins da convenção que serão analisadas no próximo tópico. Ocorre

²⁶⁷ PEGORARO, Lúcio. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299.

²⁶⁸ DICEY, Albert Venn; WADE, Emlyn Capel Stewart. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005, p. 23-24.

²⁶⁹ “The especial articles of the conventions code are in fact often disobeyed”. *Ibidem*, p. 24.

²⁷⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p. 135. No mesmo sentido: RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 446.

²⁷¹ WHEARE, Kenneth Clinton. *Modern constitutions*. London; New York: Oxford University Press, 2ª Edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted, 1967, p. 122.

²⁷² *Ibidem*, p. 122.

que, caso o uso seja realmente reiterado, nada impede que ele venha a ser tornar um costume.

Interessante notar que, muitas vezes, as convenções constitucionais são conceituadas pelo que elas não são e não pelo que elas efetivamente são. Assim, elas não são regras jurídicas, não produzem atos jurídicos, logo elas não são o fundamento de nenhum ato jurídico. Todavia atuam dentro do sistema jurídico, num espaço intranormativo, uma vez que é a partir da aplicação de normas jurídicas, do afastamento de possíveis lacunas existentes e dentro da margem discricionária da via interpretativa que as regras convencionais ganham o seu espaço de atuação.²⁷³ É importante frisar que, sem esse conjunto de precedentes, provavelmente, as leis escritas seriam aplicadas de forma muito diferente da forma que realmente o são ou, muitas vezes, seriam completamente inexecutáveis.²⁷⁴ Porém é fato que existem vozes dissidentes que defendem a natureza jurídica das convenções.²⁷⁵ Ocorre que uma Constituição não funciona por si mesma, os homens devem fazê-la funcionar²⁷⁶ e o fazem por meio de costumes e convenções, por isso as convenções pressupõem a lei, logo, enquanto uma lei é facilmente modificada por meio de uma alteração legislativa, uma convenção dificilmente é alterada abruptamente.²⁷⁷

Canotilho também defende que as convenções constitucionais são acordos, sejam implícitos ou explícitos, entre as forças políticas de um determinado país, com intuito claro de dar execução a determinadas normas jurídicas. Esses acordos, quando possíveis de generalização, dariam suporte para futuros comportamentos vinculados aos adotados em momento anterior. Assim, as convenções constitucionais são regras não escritas que disciplinam a aplicação do texto constitucional, todavia isso não implica que essas normas sejam transformadas em normas constitucionais consuetudinárias, pelo contrário, essas normas apenas são observadas em face do dever de lealdade, em

²⁷³ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Le convenzioni costituzionali*. Padova: Cedam, 1972, p. 17-18.

²⁷⁴ MCBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The Macmillan Company, 1934, p. 13.

²⁷⁵ Esse é o entendimento de Armando Mannino, que defende que uma convenção constitucional, de alguma forma, impõe um determinado limite ao exercício do poder atribuído a um órgão constitucional, pois o poder desse órgão é limitado pelas suas finalidades institucionais. Esse fato faz com que o autor conclua “em favor da sua natureza jurídica enquanto regra objetivamente necessária para o complemento da ordem constitucional”. MANNINO, Armando. Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali. *Rassegna Parlamentare*, v. 40, n. 4, p. 849-877, 1998.

²⁷⁶ It is an instrument of national co-operation, and the spirit of co-operation is a necessary as the instrument.” JENNINGS, Ivor. *The law and the constitution*. London: University of London Press, 1963, p. 82.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 83.

face das expectativas de que determinado órgão atue da mesma forma, em processos similares, pelas necessidades práticas ou mesmo por mera conveniência política.²⁷⁸

Enfim, apesar de serem vistas como “normas” sem sanção, pelo menos sanção jurídica, nada impede que haja responsabilidade política pela não observância de uma convenção, logo é natural que a maioria da doutrina afaste das convenções a natureza de norma jurídica.

Interessante ainda é o posicionamento de Jorge Miranda que, ao analisar o tema, percebeu que existem duas espécies de convenções constitucionais, uma desenvolvida em países com influência do *common law* e outra em países com matrizes francesas. Nos países em que predomina o direito escrito, as convenções se aproximam muito do uso, com características próprias de figuras como o acordo ou consensos entre os agentes políticos no exercício das suas competências constitucionais. Todavia, no sistema do *common law*, as convenções, por se aproximarem dos costumes, podem se enquadrar numa ordem normativa *sui generis*. Nesse caso, Jorge Miranda se aproxima do entendimento de Gustavo Zagrebelski de classificar esse instituto como fonte *extra ordinem*.²⁷⁹

As convenções no direito inglês podem ser compreendidas como regras de comportamento dos órgãos do poder, sendo que, como ensina Carolina Lisboa, elas estão nos primórdios do regime parlamentar britânico, tendo esse instituto sido responsável pela transição pacífica e sem necessidade de maiores intervenções do poder legislativo da monarquia absolutista para o sistema atual, sem que o sistema vigente à época e até então, o *common law*, fosse de alguma forma colocado em causa, razão pela qual a convenção constitucional é considerada um fator de adaptação próprio do constitucionalismo inglês.²⁸⁰

As convenções constitucionais, juntamente com os costumes, moldaram e moldam as características do sistema de governo atual do Reino Unido, tendo, inclusive, prosperado e alterado as normas Constitucionais que lhe eram contrárias. Essa assertiva pode ser confirmada em face das regras pelas quais o governo de gabinete na Inglaterra é constituído, pois, apesar de as leis constitucionais manterem a mesma forma jurídica das monarquias absolutas, é fato que o poder do monarca está há muito tempo limitado.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 863-864.

²⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 148.

²⁸⁰ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 132.

Tanto é assim que os poderes da Rainha Elizabeth II são os mesmos, em tese, que os da sua antecessora, Elizabeth I, que governou no período do Renascimento, como destaca Giuseppe Rescigno. Se a Rainha atual quisesse exercer todos os seus poderes, ela agiria legalmente, mas não constitucionalmente.²⁸¹ Essas alterações ocorridas por força da tradição, dos costumes e das convenções ficam bem explicitadas no trecho da Carta do Primeiro Ministro Herbert Asquith enviada ao então Rei George V, em 1910, em face das tentativas deste de influenciar, diretamente, a negociação da política unionista com a oposição²⁸²:

O papel a ser desempenhado pela Coroa em situações tais como a que atualmente se apresenta foi, felizmente, definido por tradições acumuladas e por práticas não contestadas há mais de 70 anos. Esse papel é de agir com base no conselho dos Ministros, que possuem a confiança da Câmara dos Comuns, independente de esse conselho se conformar, ou não com o julgamento privado e pessoal do Soberano. Os Ministros sempre prestarão a maior deferência e darão a mais séria consideração a qualquer crítica ou consideração que o Monarca possa oferecer a suas políticas, mas a decisão política definitiva sempre lhes pertence, por que eles, os Ministros, e não a Coroa, são responsáveis perante o Parlamento. É somente por uma escrupulosa adesão a essa bem estabelecida doutrina constitucional que a Coroa pode se manter fora da arena da política partidária.²⁸³

O Rei George V recuou de sua posição inicial e, em posição de deferência às tradições e práticas constitucionais até então adotadas, manifestou-se no sentido de que apenas pretendia se inteirar da situação e não intervir ou mesmo se aconselhar com o líder da oposição.

Nem toda convenção modifica de forma contrária o texto da Constituição. Rescigno identifica quatro possíveis relações entre um determinado sistema jurídico e o convencional, em que as convenções vivem em harmonia com o direito escrito: 1) as que se sobrepõem, sem as eliminar, às regras jurídicas (a regra jurídica é formalmente aplicada, todavia ela é esvaziada ou instrumentalizada por uma regra convencional). O exemplo dado por Jaime Valle²⁸⁴ é o caso ocorrido no ordenamento italiano entre 1948 e 1992, a respeito da forma como a escolha dos ministros se efetivava, pois, embora a Constituição italiana determinasse que competia ao Presidente do Conselho encaminhar

²⁸¹ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Ripensando le convenzioni costituzionali. *Politica del diritto*, v. 28, n. 4, p. 499-526, 1997.

²⁸² LISBOA, *op. cit.*, p. 133.

²⁸³ TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 279.

²⁸⁴ VALLE, Jaime. *As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

ao Presidente da República a proposta com os nomes dos ministros a serem nomeados, na prática, as escolhas eram feitas pelos diretórios dos partidos políticos que integravam a coligação do governo, sendo que o Presidente do Conselho apenas as transmitia ao Presidente da República; 2) as que restringem o leque de opções possíveis pela norma jurídica; 3) as que disciplinam os comportamentos materiais dos titulares de cargos públicos que não constituem o exercício do poder político; 4) as que se sobrepõem às regras jurídicas, sem todavia afastar a sua aplicação, porém essa aplicação recebe um novo sentido político.^{285 286}

Todavia resta a dúvida de como reconhecer uma convenção, pois, mesmo que as convenções sejam formalizadas em um documento escrito, ainda assim não há nenhuma garantia de que aquele documento será observado pelos membros dos órgãos de poder envolvidos, uma vez que uma das características da convenção é a ausência de sanção jurídica pela sua não observação. Com o fito de responder a essa questão, Ivor Jennings desenvolveu três critérios para o estabelecimento de convenções:

Devem ser colocadas três questões: primeiramente se existem precedentes; em segundo lugar, se os atores acreditavam estarem obrigados por uma regra; e, por último, se a regra em questão tem razão de ser. Um único precedente com uma boa explicação pode ser suficiente para estabelecer uma regra. Toda uma série de precedentes sem razão pode não servir de nada, a menos que esteja perfeitamente claro que as pessoas envolvidas se consideravam obrigadas por eles.²⁸⁷

Ocorre que isso não quer dizer que as convenções constitucionais são meros acordos desprovidos de obrigatoriedade. De fato, as partes não podem se socorrer no Judiciário pelo descumprimento de uma convenção, mas isso não quer dizer que o ato não seja imperativo e que dele não decorrerão sanções políticas.

Waldron demonstra a obrigatoriedade das convenções por meio de dois exemplos, sendo que, numa primeira análise, parece que uma convenção anula a outra, todavia, ambas vigoram no direito inglês de forma duradoura. É sabido que todos os

²⁸⁵ Jaime Valle afirma que essa situação ocorre corriqueiramente nos sistemas parlamentaristas ou semipresidencialistas, em face da “transformação da votação do Orçamento do Estado numa questão de confiança política: o orçamento mantém a sua configuração de instrumento financeiro, que lhe é dada pelo direito, mas torna-se simultaneamente, por força de uma convenção constitucional, um instrumento de controlo político parlamentar, cuja não aprovação põe em causa, politicamente, a subsistência do Executivo”. VALLE, Jaime. *As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

²⁸⁶ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 499-526.

²⁸⁷ JENNINGS, W. Ivor. *The law and constitution*. Third Edition. London: University of London Press, 1943, p. 131.

projetos de lei, para se tornarem leis, além de serem aprovados pelas duas casas do Parlamento britânico, ainda devem receber a aprovação real. Não há nenhuma previsão de derrubada do veto pelo Parlamento. Além disso, existe outra convenção que determina que o monarca nunca deixará de dar o seu consentimento para os projetos de lei que tenham sido aprovados pelas duas Casas do Parlamento. Dessa forma, embora o consentimento real seja requisito para a criação de uma lei, o monarca não pode deixar de consentir, ou seja, ele é obrigado a sancionar o projeto de lei, não lhe sendo facultado vetá-lo.²⁸⁸

Ambas as convenções supramencionadas são rigorosamente observadas na Inglaterra, tanto assim que os atos legislativos, incluindo os *Parliament Acts*, observam-nas. Da mesma forma, o veto não é utilizado desde 1708.

De toda forma, não é pacífico que essas normas sejam desprovidas de força jurídica. Segundo Carolina Lisboa, “é possível concluir, na questão específica da juridicidade das convenções constitucionais, que os argumentos contrários ao reconhecimento do caráter jurídico a tais regras são altamente questionáveis e em todo refutáveis”.²⁸⁹ Ela defende que a coercibilidade não deve ser analisada de forma individualizada, mas sim ser vista na integralidade de um determinado ordenamento jurídico.²⁹⁰ Sobre esse ponto, incide a mesma lógica desenvolvida por Bobbio sobre as normas sem sanção.²⁹¹

A juridicidade estaria vinculada ao princípio da efetividade, que poderia ser invocado em face de fontes não expressamente previstas no ordenamento jurídico. A tese aparenta ter guarita nos ensinamentos de Guastini, que afirma que das convenções “resulta natural que operem como fontes *extra ordinem*, que se impõe só em virtude do princípio da efetividade”.²⁹² Lisboa conclui que “as convenções constitucionais

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. Are constitutional norms legal norms. *Fordham L. Rev.*, v. 75, 2006, p. 1702.

²⁸⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Normas constitucionais não escritas. Lisboa, Almedina, p. 182.

²⁹⁰ “O argumento mais comum e também mais fácil contra a teoria que vê na sanção um dos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico é o que se funda na presença, em todo ordenamento jurídico, de normas não garantidas por sanção. Não há dúvida de que existem, em todo ordenamento jurídico, normas de que ninguém saberia indicar qual é a consequência desagradável imputada em caso de violação.” BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005, p. 165.

²⁹¹ Bobbio defende que a solução do dilema está na análise do conjunto: “A presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável. A solução para esta dificuldade, por parte de quem considera a sanção como elemento constitutivo do direito, não é certamente a de negar o fato. O fato é o que é. Trata-se, quando muito, de ver o direito como conjunto de regras com sanção organizada”. *Ibidem*, p. 165.

²⁹² GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 252.

conferem efetividade às normas constitucionais escritas ao efetuar a sua ligação com a realidade política e social na qual vigoram”.²⁹³

É importante esclarecer que, embora o terreno da Constituição não escrita seja mais propenso para aflorar o tema das convenções constitucionais, isso não quer dizer que o instituto não tenha espaço nos ordenamentos jurídicos de Constituição escrita sintética, pois, quanto mais sintética a Constituição, mais a necessidade de complementá-la com normas constitucionais não escritas. Elster cita várias normas e práticas oriundas das convenções constitucionais que moldaram e ainda moldam o direito constitucional americano:

- a) Até 1940 havia uma convenção constitucional segundo a qual o Presidente da República não podia ser reeleito para um terceiro mandato;
- b) O Congresso não deve, em aliança com o Presidente ou em oposição a ele, mudar o número de juízes da Suprema Corte com o objetivo de influenciar as suas decisões;
- c) Todos os membros de uma delegação estadual no Colégio Eleitoral votam no candidato que recebeu o maior número de votos no respectivo estado;
- d) Apesar de a Constituição autorizar o Congresso a limitar a jurisdição da Suprema Corte, ele não usa esse poder;
- e) Os senadores de um determinado estado têm poder de fato de vetar indicados do Presidente para cargos nesse mesmo estado e que dependam de aprovação pelo Senado;
- f) O Senado com um todo mostra deferência às indicações presidenciais de membros do Congresso para cargos que dependam de sua aprovação.
- g) O Senado mostra um alto grau de deferência às indicações para o Gabinete;
- h) Depois da eleição presidencial, os advogados públicos devem colocar seus cargos à disposição para que o novo Presidente possa substituí-los se quiser.²⁹⁴

É fato que muitos dos exemplos citados por Elster serviriam também para ilustrar a atuação dos costumes, do que se constata a enorme dificuldade e incerteza na qualificação e no conteúdo das convenções constitucionais, inclusive se esse instituto realmente existe como categoria autônoma. Por essa razão, doutrinadores italianos que defendem a não juridicidade de uma convenção e a sua não obrigatoriedade, uma vez que as partes acordantes podem, a qualquer momento, distratar o que fora inicialmente acordado, entendem que as convenções constitucionais nada mais são do que um

²⁹³ LISBOA, *op. cit.*, p. 183.

²⁹⁴ ELSTER, Jon. *Unwritten Constitutional Norms*. Unpublished manuscript, 2007, p. 15-16.

simples passo para a formação de um costume, esse sim fonte de direito e detentor de força normativa²⁹⁵.

Outro motivo de enorme crítica é o fato de não se ter certeza se as convenções constitucionais realmente teriam espaço em ambientes de Constituição rígida e analítica em que vigorasse um regime pluripartidarista, no qual não houvesse o culto aos precedentes. Tanto assim que a doutrina italiana defende que não há espaço para as convenções constitucionais no ordenamento jurídico italiano, pelo menos da forma como o instituto é desenhado na Inglaterra.²⁹⁶

É fato que ordenamentos com Constituição analítica tendem a ter menos exemplos de convenções constitucionais, mas isso não quer dizer, por si só, que nesses ordenamentos, necessariamente, não haverá espaço para as convenções constitucionais, mas, com certeza, esse fenômeno será mais raro do que no sistema britânico.

Todavia mais escasso não quer dizer inexistente. É possível admitir a existência de convenções constitucionais em ordenamentos jurídicos compostos por constituições rígidas e analíticas, desde que não se parta da mesma perspectiva do direito inglês, uma vez que neste há uma convicção da obrigatoriedade da convenção constitucional, tanto que muitos doutrinadores defendem uma obrigatoriedade moral constitucional.²⁹⁷ Assim, nos demais sistemas jurídicos, em que o elemento psicológico das convenções se traduz apenas numa expectativa de reciprocidade, ficam afastadas a obrigatoriedade e a imperatividade,²⁹⁸ permanecendo, apenas, se muito, um dever moral de observá-las.

Nos regimes com Constituição escrita, as convenções constitucionais também são institutos que contribuem para a complementação das normas jurídicas escritas por meio da observância da tradição e da aplicação de determinados institutos constitucionais pelos órgãos do poder político, com o fito de harmonizar essas relações.

²⁹⁵ “A verdade é que as normas convencionais gozam de autonomia conceitual e, portanto, seriam válidas somente como simples passo na formação de costumes constitucionais ou como meros critérios interpretativos do significado dos textos constitucionais”. GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro José. *La costumbre en derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989. p. 621.

²⁹⁶ Nesse sentido, cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. UTET, 1970, p. 199 e RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 527.

²⁹⁷ DICEY, Albert Venn; WADE, Emlyn Capel Stewart. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005, p. 23.

²⁹⁸ No mesmo sentido, cf. VALLE, Jaime. *As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>>. Acesso em: 23 nov. 2016 e MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 148.

Mesmo que elas não tenham força coercitiva e não sejam normas jurídicas, ainda assim remanesce o interesse nas convenções constitucionais em face da sua imbricação estreita com o direito e a política. Porém, uma vez que não se configuram como fonte do direito, em face da sua não imperatividade, elas ganham importância na sua reiteração e, se acompanhadas da convicção de sua obrigatoriedade, podem desencadear novos costumes constitucionais.

3.5 Outras figuras: práticas constitucionais, correção constitucional e precedentes

Além dos costumes e das convenções constitucionais, a doutrina discute a existência de outras modalidades de normas constitucionais não escritas, que consistiriam em máximas e práticas constitucionais que, de alguma forma, regulam a conduta ordinária das instâncias de poder ali existentes, sem, todavia, constituírem normas formalmente escritas de qualquer natureza.

A grande dificuldade quanto a outras normas seria, num regime de *civil law*, apurar se elas possuem alguma força normativa. Como já foi analisado no tópico anterior, nem as convenções, que estariam num patamar superior a essas outras normas, têm força coercitiva, logo é forçoso concluir que essas outras figuras afins também não a têm.

Todavia isso não quer dizer que elas sejam desprovidas de importância e de interesse político-constitucional. As práticas, as correções constitucionais e os precedentes não são regras coercitivas, sejam jurídicas ou morais, são, na verdade, regras de conduta em matéria de cerimônia, boa educação, *fair play*, que, caso não observadas, não geram graves conflitos.

As correções constitucionais “são regras de caráter político, moral, estritamente social ou de ética pública, que podem ser consubstanciadas na exigência de fidelidade ou lealdade dos titulares dos órgãos do poder para com a Constituição”.²⁹⁹ O seu descumprimento gera apenas um mal-estar.

É fato que vários autores utilizam a correção constitucional, a prática e mesmo os precedentes como sinônimo de convenção constitucional,³⁰⁰ isso porque,

²⁹⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 186.

³⁰⁰ Em sentido contrário, Gonzalez-Trevijano aponta diferenças significativas entre a correção e a convenção constitucional: “Em primeiro lugar, a correção constitucional seriam as regras de oportunidade nas distintas relações entre os órgãos constitucionais, cuja finalidade seria facilitar o desenvolvimento de

muitas vezes, os mesmos exemplos ora são classificados como um ora como outro instituto. Há inclusive autores que defendem a unificação de todas as designações, uma vez que a diferença entre elas estaria apenas no âmbito da intensidade e não da estrutura³⁰¹.

As práticas, por sua vez, também são regras de comportamento reiterado e seguido pelos órgãos que exercem o poder político, não são obrigatórias nem vinculativas, muito menos jurídicas. Elas não repercutem em nenhum outro sujeito, salvo naquele que pratica o ato ou nos casos em que aquele ato interessa a mais de um sujeito político. São atos desprovidos de significado político.³⁰²

Os precedentes aqui enfocados não são os judiciais, mas sim aqueles que refletem os mecanismos e os modos pelos quais os órgãos do poder político exercem as suas competências. São decisões políticas tomadas em face de outros órgãos ou de outras entidades.³⁰³

Ao analisar o precedente, é forçoso concluir que, realmente, essas figuras se aproximam muito, pois, como ensina Vergottini, é do precedente que nascem as correções, as convenções e os costumes constitucionais.³⁰⁴

Por essa razão, não é objeto do presente trabalho analisar pormenorizadamente se determinado caso concreto se enquadra no conceito de convenção, correção, prática ou precedente. O que aqui interessa é o efeito desses atos no ordenamento jurídico, ou seja, o foco é a mutação porventura operada. Logo pouco importa a correta classificação do caso concreto, mas sim que ele, de alguma forma, originou-se de uma das espécies de fonte-fato e acarretou mutações constitucionais ou inconstitucionais.

sua atividade. Pelo contrário, poderíamos reservar a denominação de convenções constitucionais àquelas que afetariam relações de maior transcendência política, e que importariam determinados modelos de comportamento a seguir pelos órgãos superiores do ordenamento jurídico; em segundo lugar, enquanto as regras de correção seriam normas não jurídicas, em matéria de cerimônia, de *fair play*, constitucional, de educação política, de boa educação, é dizer, de correção no desenrolar das relações políticas; as normas convencionais de caráter jurídico afetariam matérias de substancial relevo político e dotadas, portanto, de uma maior sanção institucional que aquelas, nos casos de infração e violação. As normas de correção constitucional, assim, diferentemente das convenções, não expressariam um equilíbrio político, nem sua violação poderia dar lugar a transcendentais e graves conflitos”. GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro José. *La costumbre en derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989, p. 625.

³⁰¹ AINIS, Michele. Sul valore della prassi nel diritto costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, v. 57, n. 2, p. 307-344, apr./giug. 2007.

³⁰² LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 187.

³⁰³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 126-127.

³⁰⁴ DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 2007, p. 255.

Um bom exemplo histórico de uma das espécies de fonte-fato é o regime parlamentarista no Brasil, que vigorou por dois períodos: no Império e após a renúncia do presidente Jânio Quadros. O primeiro período foi bastante duradouro, de 1847 a 1889, enquanto o segundo durou menos de dois anos, de setembro de 1961 a janeiro de 1963. Ocorre que o segundo período operou-se por meio de uma reforma da Constituição, uma vez que o parlamentarismo foi implementado por meio de uma emenda à Constituição, que, contudo, não sobreviveu ao plebiscito realizado posteriormente. Todavia o primeiro período parlamentarista ocorreu sem que a Constituição da época desse qualquer respaldo a esse regime; pelo contrário, as suas disposições eram claramente no sentido de um sistema político monárquico presidencialista e, em face do poder moderador, que estava acima dos demais poderes, o sistema se aproximava mais das monarquias absolutista.

É fato que o parlamentarismo que vigeu durante a monarquia, embora inspirado no parlamentarismo inglês, era bem diferente do praticado no Reino Unido. As particularidades do sistema brasileiro acarretaram-lhe o apelido de “parlamentarismo às avessas”. Isso porque, no Reino Unido, competia ao partido que obtivesse a maioria das eleições para a Câmara escolher o primeiro-ministro, que formava o gabinete de ministros, passando esses a exercer o Poder Executivo. Todavia, no Brasil, em face do Poder Moderador, exercido no período por Dom Pedro II, cabia ao Imperador escolher o presidente do Conselho de Ministros, o primeiro-ministro, que, por sua vez, nomeava os demais membros do Conselho de Ministro. Só então os nomes que compunham o Gabinete eram encaminhados para a Câmara para aprovação. Em caso de discordância da Câmara, competia ao Imperador decidir se demitia o ministério ou dissolia a Câmara.

Outra prática que vigorou no Brasil era a possibilidade de o chefe do Poder Executivo não cumprir leis que ele entendesse serem inconstitucionais. Todavia boa parte da doutrina atual defende que esse comportamento não é mais possível, uma vez que o chefe do Poder Executivo é um dos legitimados para ajuizar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, sendo que, no ordenamento jurídico, vige uma presunção de constitucionalidade de toda lei. Sem falar que, no Brasil, compete apenas ao Poder Judiciário afastar a norma inconstitucional, sendo que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, logo não pode desobedecer à lei.³⁰⁵

³⁰⁵ Nesse sentido: “a lei é iniciada e votada pelo Congresso Nacional, depois sobe à sanção. Se o Presidente da República, o Governador do Estado ou Prefeito sanciona a lei, parece claro que nem ele

Porém é fato que, durante muito tempo, a posição majoritária era no sentido de considerar que o chefe do Poder Executivo podia descumprir normas inconstitucionais, sendo que o fundamento para o descumprimento decorria do entendimento de que todos os agentes públicos têm o dever de atuar em estrita conformidade com as regras definidas pela Constituição da República.³⁰⁶ Perfilham essa corrente, em diferentes hipóteses de aceitação, alguns admitindo a sua incidência de forma mais restrita, outros de forma mais ampla, os doutrinadores Elival da Silva Ramos,³⁰⁷ Hely Lopes Meirelles,³⁰⁸ Luís Roberto Barroso,³⁰⁹ J.J. Gomes Canotilho³¹⁰ e José Carlos Vieira de Andrade.³¹¹

Embora essas figuras afins muitas vezes acarretem efeitos jurídicos, algumas vezes, o efeito produzido é contrário à Constituição, todavia esses atos são desprovidos de imperatividade, logo não são normas jurídicas. Contudo, da mesma forma que ocorre com as convenções, nada impede que, em face do comportamento reiterado, eles se transmudem em costumes, tornando-se, assim, fonte do direito.

nem qualquer funcionário administrativo poderá descumpri-la, sob o fundamento de que é inconstitucional. O momento preciso para repudiar a lei seria o da sanção. O Poder Executivo oporia o veto, então a lei voltaria ao Congresso, às Assembleias ou às Câmaras Municipais, e seria mantida ou não a proposição com o voto qualificado. Este é o nosso regime constitucional. Portanto, em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente da República a lei, ele supre quaisquer deficiências de trânsito, nas normas legislativas. Teve o momento que a Constituição lhe consagrou para dizer se a proposição era constitucional ou inconstitucional. Se nesse momento não usou de seu poder, parece claro que dá-se o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional. Se o Presidente, no entanto, veta a proposição, ela volta, no caso de lei federal, ao Congresso que, por maioria altamente qualificada de dois terços, manterá ou não o veto. Se mantiver, temos uma lei que o Presidente da República é obrigado a observar, nos termos da Constituição. Este é o princípio do nosso direito constitucional. Às vezes, como no caso de que se trata, há uma questão intercorrente. É que o Presidente veta a lei e o seu veto é rejeitado pelo Congresso Nacional. Surge a questão: o Poder Executivo, o Presidente da República pode opor-se ao cumprimento da lei? Entendo que a lei poderia ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da Procuradoria-Geral da República. Mas reconheço que essa não é a doutrina corrente". Voto do Ministro Gonçalves de Oliveira no Mandado de Segurança nº 15.886, assim ementado: Discussão sobre possibilidade de negativa de aplicação de lei, pelo Poder Executivo, por alegação de inconstitucionalidade — Emenda Constitucional 16/65 — Presunção de constitucionalidade das leis — Retroatividade da declaração de inconstitucionalidade — Crítica à disciplina por lei de prerrogativa constitucional do STF. Relator Ministro Victor Nunes.

³⁰⁶ Neste sentido, RTJ 2/386; 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; BDM 11/600.

³⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

³⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.

³¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 417-418.

³¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 233.

3.6 A súmula vinculante e os precedentes judiciais

Os enunciados de súmula emanados do poder judiciário pretendem, desde a sua origem, resolver os problemas da massificação da sociedade moderna relativos à questão do número excessivo de processos julgados, permitindo que a decisão ocorra de forma célere, eficiente e uniforme.

Os precedentes judiciais não constituem um verdadeiro direito de juiz, reconduzível a um direito constitucional consuetudinário formado pela jurisprudência. Canotilho afasta o precedente como fonte de direito, por meio do argumento de que os precedentes não vinculam os juízes; nada impede que eles julguem diferentemente um caso semelhante no futuro.³¹² Porém, é fato, adverte Alexy, que a principal razão para a utilização dos precedentes repousa no princípio da universalidade ou da justiça formal, que impõe o tratamento isonômico para iguais situações, o que só poderia ser afastado caso houvesse razões suficientes para tanto.³¹³

José Luis Vásquez Sotelo,³¹⁴ ao analisar o tema “progresso do direito”, salienta que, nas sociedades primitivas, que tinham, muitas vezes, um único juiz, seria previsível imaginar que casos idênticos receberiam a mesma solução.

Contudo, num país extenso como o Brasil e que possui 17.077³¹⁵ juízes, o problema então passa a ser o de assegurar que sobre todo o território se estenda a mesma jurisdição aos casos iguais ou análogos.³¹⁶ Fato é que existe um número exacerbado de demandas e um número limitado de julgadores, sendo que, por força do princípio da igualdade, é fundamental que a solução encontrada para um determinado caso seja replicada aos casos semelhantes, em todos os rincões.

³¹² CANOTILHO, *op.cit.*, p. 864.

³¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 259.

³¹⁴ SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: CALMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana (Org.). *Temas atuais de direito ibero-americano - compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual* Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 334-335.

³¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Justiça em número*. 2013, p. 9. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

³¹⁶ Cf. SOTELO, *op. cit.*, p. 335-336. “Las decisiones de los más altos Tribunales no sirven solo para resolver el caso sometido a exámen sino para suministrar critérios que necesariamente van a influir en la solución de casos futuros que presenten analogia con el resuelto. Una vieja y repetida frase de los Jueces alude a que la resolución acertada de un caso no interessa solo para el caso en sí sino para los diez mil casos iguales que no han llegado al Tribunal”.

Esse objetivo de justiça célere e uniforme foi alvo de inúmeros estudos e reformas legislativas, com o intuito de melhorar a efetividade jurisdicional. Foram esses mesmos problemas que motivaram, em meados de 1960, o surgimento da Súmula de Jurisprudência do STF e, em 2004, a criação, pela Emenda 45/04, da Súmula Vinculante.

A palavra súmula deriva do latim *summula*, tem o sentido de sumário, o que, de forma resumida, explicita o conteúdo integral de algum tema. Não pode haver conceitos vagos ou abertos e eles devem dizer respeito a situações capazes de se repetirem ao longo do tempo.³¹⁷

O direito sumular pode ser conceituado como “o direito consubstanciando em sumários de jurisprudências predominantes dos Tribunais Superiores, reduzidas a enunciados, denominadas súmulas de jurisprudência”.³¹⁸

O art. 479, do antigo Código de Processo Civil (CPC), dispunha que "o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência". Todavia, o novo CPC não menciona um quórum específico, mas apenas que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente³¹⁹”, remetendo a regulamentação do tema para o Regimento Interno do tribunal.

A súmula deve versar sobre a validade, a interpretação e/ou a eficácia de determinada norma de matéria constitucional.³²⁰ Logo questões estritamente de direito legal ou infralegal não podem ser objeto de tal espécie de súmula.³²¹ A súmula não se confunde com a jurisprudência do tribunal, uma vez que ela se caracteriza pelo fato de ser a jurisprudência predominante, mansa, pacificada e repetida.

³¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *RePro*, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

³¹⁸ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 60.

³¹⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

³²⁰ § 1º, do art. 103-A da Constituição da República de 1988. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³²¹ LEAL, Felipe Veit. Súmula vinculante: instrumento de uniformização jurisprudencial e de racionalização processual. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 51, dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.

A súmula surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma possível solução para o problema do número excessivo de processos anualmente em trâmite no STF, sendo que a súmula foi instituída por emenda no Regimento do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30 de agosto de 1963, e entrou em vigor no início de 1964, com 370 enunciados.³²²

Os enunciados de súmula surgiram com o fito de organizar, adequadamente, o trabalho da Corte.³²³ A eficiente organização do trabalho é um problema que se desdobra em dois outros: o da relativa estabilidade da jurisprudência do STF e o do imediato conhecimento das decisões do Tribunal.

Para solucionar o acúmulo de serviço, os estudiosos apontavam duas direções: alguns defendiam a adoção de um sistema similar aos “assentos” expedidos pela Casa de Suplicação de Lisboa, outros defendiam os prejulgados.

Os assentos consistiam em proposições gerais e abstratas, cuja natureza era de verdadeiras normas jurídicas em sentido material, já que tinham força obrigatória geral, nos termos do que dispunha o art. 2º do Código Civil Português,³²⁴ suscetíveis de revogação somente por leis posteriores e de declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

No Brasil, nos tempos do Império, vigorava o Decreto 6.142 de 1876, que autorizava o Supremo Tribunal de Justiça a expedir assentos com força de lei. Esse instituto pode ser considerado como o embrião da súmula vinculante. Os assentos permitiam ao Supremo Tribunal de Justiça manifestar-se sobre dúvidas (divergências) na aplicação da lei por parte dos juízes e tribunais inferiores. Como tinham força de lei, vinculavam toda a atividade legiferante das instâncias inferiores.³²⁵ Os assentos de jurisprudência vigoraram por pouco tempo em nosso ordenamento jurídico, pois, em 15 de novembro de 1889, viria a ser proclamada a República, fato que afastou a maior parte do sistema normativo do Império. Na verdade, o Supremo Tribunal de Justiça não chegou a expedir nenhum assento.

³²² LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, p. 453-459, 1964.

³²³ *Ibidem*, p. 453-459.

³²⁴ O mencionado dispositivo foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

³²⁵ DÁRIO, Fava Corsato. *Súmulas vinculantes: debate sobre o instituto e imbricação do tema com o controle de constitucionalidade*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/livro-digital,sumulas-vinculantes-debate-sobre-o-instituto-e-imbricacao-do-tema-com-o-controle-de-constitucionalidade,46126.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

O prejudgado era o pronunciamento prévio do Tribunal Pleno ou do órgão colegiado que o regimento indicasse para ser seguido no recurso em andamento. O art. 861 do Código de Processo Civil de 1939³²⁶ permitia que qualquer juiz membro das câmaras ou turma julgadora de tribunal promovesse o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, desde que sobre ela recaísse, ainda que potencialmente, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas.³²⁷

Posteriormente, como ensina José Tarcízio de Almeida Melo,³²⁸ no ano de 1943, o caput do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho passou a atribuir ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) a prerrogativa de estabelecer prejudgados, na forma de seu Regimento Interno.

O prejudgado era o pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, em relação à qual ocorria ou poderia ocorrer divergência de interpretação.

A força obrigatória do prejudgado surgiu com o § 1º do art. 902 que determinava que, uma vez estabelecido o prejudgado, os tribunais regionais do trabalho, as juntas de conciliação e julgamento e os juízes de direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo.³²⁹

O prejudgado só poderia ser afastado caso o próprio TST, pelo Pleno, fixasse nova interpretação sobre ele. Nesse caso, o acórdão a ser proferido deveria dispor expressamente sobre a alteração ou revogação do prejudgado.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Representação nº 946,³³⁰ declarou que o § 1º do art. 902 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) foi revogado com a Constituição de 1946. Entenderam os ministros que a Constituição de 1946 não consagrou a figura dos prejudgados.

³²⁶ Art. 861 do CPC/1939 – A requerimento de qualquer de seus juízes, a câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas.

³²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1939/1961, Tomo XII., p. 83.

³²⁸ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DAC_F8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf>. Acesso em: 21 de jun. 2014.

³²⁹ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DAC_F8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf>. Acesso em: 21 de jun. 2014.

³³⁰ Rp 946 DF, Relator: XAVIER DE ALBUQUERQUE, TRIBUNAL PLENO, DJ 01-07-1977.

Devido à excessiva rigidez dos assentos, rigidez essa que se caracteriza justamente por possuírem força vinculante, pela ineficiência dos prejulgados e pelos fundamentos que levaram à declaração da inconstitucionalidade dos prejulgados, o STF optou por utilizar, num primeiro momento, uma medida intermediária denominada Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, a qual não tinha nenhuma força vinculante.

Nasce, então, a súmula, com o objetivo de expressar a orientação dominante do Tribunal acerca de tema controvertido na jurisprudência e eliminar divergências, objetivando cumprir com eficiência a divulgação da jurisprudência e a celeridade processual.

Na opinião de Victor Nunes,³³¹ “firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável”. Logo ele é contrário ao fortalecimento dos precedentes no sistema de *civil law*, pelo fato de eles serem característicos do *common law*. Porém ele acredita que as jurisprudências já firmadas devem ser observadas e conhecidas.

Nesse caso, é imprescindível que exista uma ferramenta pela qual se possa distinguir os precedentes que exprimem o entendimento firme do STF daqueles outros nos quais a jurisprudência ainda está em fase de fixação. Além disso, é necessário discernir, ainda, as hipóteses que se repetiam com frequência daquelas que mais raramente são submetidas ao STF.

O que assoberba o tribunal “são os casos que se multiplicam, em série, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores”.³³² Em relação a esses casos típicos, é necessário um método de trabalho que permita o seu julgamento seguro, porém rápido, abolindo formalidades e desdobramentos desnecessários.

A súmula da jurisprudência predominante do STF atende a vários objetivos: é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para

³³¹ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, p. 453-459, 1964.

³³² LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, p. 453-459, 1964.

abreviar o julgamento dos casos que se repetem e extermina as protelações deliberadas.³³³

Dessa forma, é fácil compreender que mesmo o precedente judicial sumulado não se enquadraria na categoria de fonte do direito, uma vez que o enunciado apenas revela o sentido da lei. A súmula “não cria, não inova, não elabora lei; cinge-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador”.³³⁴ A exceção reconhecida por Canotilho seriam apenas as decisões judiciais com força *erga omnes*.³³⁵ É certo que, na mesma linha de raciocínio, a súmula vinculante também se enquadraria nessa exceção.

A súmula vinculante surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma do judiciário, ocorrida em 2004, por meio da PEC 45/04, sendo que esse instituto foi regulado por meio da Lei 11.417/2006. Contudo, apenas em 2007, o STF expediu a primeira súmula vinculante.

A adoção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro significou uma tentativa de adaptação desse ordenamento jurídico ao sistema do *common law*, privilegiando o *stare decisis* no sistema brasileiro de *civil law*.³³⁶

Existem algumas diferenças entre o *stare decisis* norte-americano e a súmula vinculante: a) enquanto o efeito vinculante surgiu no âmbito do controle de constitucionalidade europeu, tendo por fim garantir máxima força normativa à Constituição, o *stare decisis* surgiu como resposta à escassa produção legislativa no *common law*; b) o *stare decisis* obriga apenas o poder jurisdicional, enquanto o efeito vinculante obriga ainda a Administração Direta e Indireta; c) enquanto o efeito vinculante tem um caráter não afastável, uma vez que só pode ser cancelado pelo próprio STF, no *stare decisis* é possível, excepcionalmente, a utilização de alguns mecanismos que flexibilizam o instituto e permitem a desconsideração do precedente. O *overruling*, por exemplo, permite aos demais órgãos do poder judiciário desgarrarem-se de um precedente da Suprema Corte e decidirem de forma distinta, mediante técnicas decisórias específicas, seja por meio da superação antecipada ou da implícita.³³⁷

³³³ *Ibidem*, p. 453-459.

³³⁴ BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Revista da Ajuris*, n. 34, jul. 1985, p. 215.

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 864.

³³⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 815.

³³⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127.

O termo “vinculante” já era empregado, há algum tempo, no ordenamento jurídico brasileiro. Gilmar Mendes³³⁸ informa que o Regimento Interno do STF estabelecia que a decisão proferida na representação interpretativa seria dotada de efeito vinculante:³³⁹

A ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a ADPF produzem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.³⁴⁰

O enunciado de súmula vinculante se diferencia dos antigos enunciados de súmulas meramente persuasivas, uma vez que vincula a administração e todo o poder judiciário, salvo o STF. A súmula vinculante “é a potencialização da eficácia das súmulas do STF, as quais, até a EC 45/2004 (CF, art. 103-A e parágrafos), tinham força tão só persuasiva perante os órgãos jurisdicionais brasileiros”.³⁴¹

Embora o efeito vinculante tenha sofrido fortes influências do direito português, o Brasil não adotou a vinculação do Poder Legislativo às decisões do STF. Preferiu, ao contrário, aproximar-se dos sistemas germânico e anglo-saxônico, por entender que a vinculação do Poder Legislativo, além de impedir a oxigenação do direito, fere a separação dos poderes, pois se estaria submetendo o Poder Legislativo à vontade do Poder Judiciário.

Assim é que, em razão do disposto no já referido art. 282, inciso 1, da Constituição portuguesa, às decisões declaratórias de inconstitucionalidade foi atribuída força obrigatória geral, fórmula sintetizada pela doutrina e jurisprudência na ideia de vinculação geral, impondo-se ao legislador e ao próprio Tribunal Constitucional. Neste clima, entendeu-se que ao legislador restara vedada a reprodução de lei considerada inconstitucional, salvo se esta inconstitucionalidade tiver sido operada por força de vício formal e a nova norma venha a observar os preceitos constitucionais antes lesados.³⁴²

³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>, 1999>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³³⁹ Art. 187 do RISTF, introduzido pela Emenda 07 de 1977.

³⁴⁰ Art. 102, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 c/c Parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/98 e da Lei 9882/99.

³⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O precedente como fonte de Direito*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008, p. 7.

³⁴² CAGGIANO, Monica Herman. *Emenda Constitucional n. 45/2004*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2o_2012/Prof.Monica_Reforma_d_o_Judiciario_artigo_completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Questão interessante refere-se à não vinculação do STF à própria súmula. Os enunciados de súmula vinculante possuem um quórum qualificado de 2/3 para a sua aprovação, enquanto as declarações de inconstitucionalidade de uma lei, no controle concentrado, exigem apenas maioria simples, ou seja, a súmula vinculante, para ser expedida, necessita ser aprovada por pelo menos oito ministros, enquanto a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma necessita de que ao menos seis ministros votem no mesmo sentido. Assim, a dúvida que permanece sem resposta na doutrina, em face do ineditismo do tema, é se os ministros do STF poderiam não observar os preceitos descritos numa súmula, aprovada por oito ministros, valendo-se do quórum de seis ministros, ao atuar, a posteriori da expedição da súmula, no enfretamento do mesmo ato no controle de constitucionalidade.

Roger Leal entende que, embora a súmula não vincule o próprio STF, pelo fato de ela exigir um quórum mais qualificado, apenas poderia ser afastada, numa ação de controle abstrato, caso oito ministros votem nesse sentido.³⁴³ O raciocínio aplicado por esse autor é relativamente análogo ao aplicado às alterações de uma lei complementar. Em suma, uma vez que a lei exige um quórum qualificado, ela não pode ser alterada pela lei ordinária, salvo se a matéria nela ventilada seja originalmente de lei ordinária. Da mesma forma, uma súmula vinculante só poderia ser afastada, antes do seu cancelamento, se, no caso em foco, o mesmo quórum para aprovação ou cancelamento da súmula fosse atingido.

Fato é que a interpretação de Roger Leal acaba por vincular o STF aos enunciados de súmula por ele expedidos, pois, para o STF não cumprir a determinação do que está contido na súmula, necessitaria do voto de pelo menos oito ministros. Isso, por si só, afastaria a possibilidade de uma turma, com cinco ministros, em controle difuso, descumprir a súmula vinculante e, ao mesmo tempo, o Pleno precisaria de ao menos oito ministros para afastar a sua incidência, o que qualificaria o quórum das ações diretas de inconstitucionalidade.

Difícil, nesse caso, negar que não existiria alguma vinculação da Corte caso essa interpretação prevaleça. Da mesma forma, também é complicado preestabelecer o

³⁴³ “Em casos como esse, cumpre perceber o paradoxo em que se encontra a autoridade judicial ante a imposição de orientações distintas. Imagine-se a hipótese em que Tribunal de Justiça tenha prolatado decisão em consonância com súmula vinculante regularmente editada, mas contrária a julgado proferido *a posteriori* em sede de recurso extraordinário. Em face do disposto no art. 543-B, § 3o, do CPC, cabe-lhe promover juízo de retratação em face do julgamento do recurso pelo STF. No entanto, o efeito vinculante decorrente da súmula requer solução diversa, determinando a observância da linha adotada na decisão recorrida”. Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

que prevaleceria: a súmula vinculante expedida ou a decisão posterior, em controle concentrado, com efeito *erga omnes*, que decidisse, por maioria simples, o mesmo tema já sumulado, porém de forma oposta. Qual das duas decisões deveria ser observada pelos órgãos das administrações direta e indireta e pelos demais órgãos do Poder Judiciário? Como dito, o tema ainda não é plausível de resposta definitiva, uma vez que o STF ainda não enfrentou a questão.

A não vinculação do STF é fundamental para permitir a oxigenação da matéria. O sistema da súmula vinculante sofreu fortes influências do direito norte-americano e inglês. Nos EUA, o *stare decisis*, embora vincule todos os órgãos do poder judiciário, não vincula a Suprema Corte. O mesmo ocorre no Reino Unido, desde o caso *Practice Statement*, de 1966, que superou o entendimento anteriormente fixado no caso *London Tramway v. London County Council*, de 1898, que determinava a imutabilidade dos precedentes oriundos da Câmara do Lordes, justamente pelo fato de que a rígida aderência aos precedentes pode acarretar injustiças e impedir a evolução adequada do direito.³⁴⁴

O efeito vinculante é o instituto que procura tornar obrigatória parte da decisão diversa da parte dispositiva aos demais órgãos e poderes do Estado. “Seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado”.³⁴⁵ A vinculação recai também sobre a fundamentação da decisão, ele é mais amplo do que o efeito *erga omnes*, que apenas vincula o dispositivo da decisão ou acórdão.

Roger Stiefelmann Leal ensina que, apesar da aparente identidade de propósito, os dois institutos revelam, *prima facie*, diferenças em aspectos relevantes:

Seria a súmula vinculante resultado da reiteração de decisões num mesmo sentido, emitida após diversos pronunciamentos da Corte sumulante, sintetizados num enunciado propositivo. Por sua vez, o efeito vinculante prescinde, segundo sua formação original, de decisões reiteradas, constituindo eficácia derivada do próprio julgado, ainda que único. Ademais, o efeito vinculante não implica qualquer sumarização ou extratificação jurisprudencial. A vinculação decorrente do instituto alcança todos os fundamentos determinantes do julgado, sem o perigo das imperfeições que, não raro, recaem sobre a simplificação em verbetes ou enunciados condensadores da jurisprudência dominante.

³⁴⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 102-108.

³⁴⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

É fácil verificar que a súmula vinculante visa uniformizar as matérias já pacificadas e resolver as demandas iguais de forma uniforme, determinando que o julgador observe a súmula expedida no momento de prolatar a decisão. Além disso, esse instrumento permite, de forma célere, que decisões conflitantes com os enunciados de súmula sejam, rapidamente, atacadas por meio da reclamação dirigida ao STF.

É clara a opção do STF, num primeiro momento, ao adotar a súmula persuasiva, por um instituto que apenas informe a comunidade jurídica os posicionamentos firmes do Tribunal, bem como auxilie a Corte no julgamento dos casos repetidos. Porém o fato é que essas reformas auxiliaram e em muito facilitaram a interpretação constitucional, porém elas não foram suficientes para solucionar a questão.

Desde a reforma judiciária de 2004, há uma aproximação do sistema brasileiro de *civil law* com o *common law*. Em 1946, o Tribunal tinha pouca experiência com controle concentrado. O único instituto à época era a Representação Interventiva, sendo que apenas em 1965 surgiu a Reclamação de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade, todavia ela era desprovida de efeito *erga omnes*.

As forças dos precedentes emanados do STF aproximam-se, cada vez mais, do *stare decisis*, que, num primeiro momento, eram ignoradas pelo STF e, posteriormente, passaram a ser consagradas nos casos de controle concentrado e nas súmulas vinculantes. Logo, é muito difícil afastar esses institutos do papel de fonte do direito, mesmo porque a argumentação original de que a súmula não cria direito, apenas elucida o direito posto pelo legislativo, perde força a partir do momento em que o STF expede súmulas que claramente inovam na ordem jurídica, atuando, assim, como norma primária. É justamente o caso da Súmula Vinculante nº 13, que regulamentou o nepotismo e estabeleceu que ele se configura até o parentesco de 3º grau, ainda que por afinidade. É forçoso lembrar que não há nenhuma norma emanada do Poder Legislativo que regule a questão, sendo que a escolha dos graus de parentesco foi um ato discricionário do próprio STF, que agiu como se legislador fosse. O mesmo ocorreu com a Súmula Vinculante nº 11, que regula o uso da algema.

Ante o exposto, é forçoso concluir que o precedente, mesmo o judicial, não é fonte do direito, todavia a sua reiteração pode fazer com que o precedente se transforme em costume judicial. Além disso, esse mesmo precedente pode ser formalizado por meio de súmulas vinculantes ou outras decisões com efeitos *erga omnes*, que, nesses casos, são fontes do direito, principalmente quando inovam na ordem jurídica.

3.7 Limites à mutação constitucional oriunda de normas não escritas

Um dos maiores desafios é estabelecer limites palpáveis às mutações constitucionais oriundas de normas não escritas, uma vez que, se se adotar a corrente que reconhece a legitimidade dessas fontes de direito, pura e simplesmente, não haverá limites para a sua atuação. Isso porque nada impedirá que normas consuetudinárias, ainda que contrárias à Constituição, produzam efeitos, revogando as normas escritas que lhes são contrárias. Logo a tese do poder constituinte difuso, ou seja, a existência de um poder constituinte permanentemente operado pelos órgãos políticos, ganha força.

Por essa razão, tende a vigorar na doutrina que a função dessas normas não escritas é de complementação, logo o limite dos costumes seria atuar dentro das esferas *praeter* e *secundum legem*, não se admitindo o costume *contra legem*.³⁴⁶ Esse entendimento preserva a rigidez e a estabilidade das normas constitucionais, garantido que apenas alterações formais alterem as normas constitucionais escritas.

Porém, como demonstrado no presente capítulo, é fato que as normas constitucionais não escritas, historicamente, não respeitaram os limites tolerados, sendo que muitas delas contrariaram ou mesmo revogaram, por meio do desuso, expressa disposição constitucional.

Nesse momento é importante analisar a diferença dos efeitos entre as espécies de normas constitucionais não escritas. Apenas o costume, o precedente com efeito *erga omnes* e a súmula vinculante, no *civil law*, tem o condão de complementar as disposições constitucionais; as demais espécies, por serem desprovidas de força normativa, apenas auxiliam a aplicação política da norma constitucional dentro do âmbito de competência dos órgãos de poder.

³⁴⁶ Não admitem o costume constitucional *contra legem*: HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929, p. 260-261; PERGOLES, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. 15. ed. Pádua, 1963, II, p. 198; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 684. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 184, 195. Em sentido contrário, admitindo os costumes *contra legem*, cf. JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Paris: A. Fontemoing, 1904, p. 405; PIERANDREI, Franco. *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953, p. 116 *et seq.* (todavia não o admite em ordenamentos com Constituição rígida); LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 115; VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1976, v. II, p. 505 *et seq.*; CARBONE, CARMELO. *L'interpretazione delle norme costituzionale*. Padova, Cedam, 1948, p. 83 *et seq.*

Todavia, caso o comportamento reiterado desses órgãos fira, de alguma forma, qualquer disposição constitucional, estar-se-á diante de uma fraude ou quebra da Constituição, que poderá transformar-se em um costume inconstitucional e, esse sim, terá o condão de modificar informalmente a Constituição, por meio do instituto da mutação inconstitucional.

A intenção deste trabalho não é se omitir quanto às mutações inconstitucionais, não adianta imaginar que, em um determinado ordenamento jurídico, ocorrem apenas mutações constitucionais oriundas desse instituto. Porém os limites à mutação inconstitucional não serão tratados neste capítulo, mas sim no último, e lá se enfrentarão, inclusive, as alterações inconstitucionais oriundas das normas não escritas.

Neste capítulo, focaram-se apenas as mutações constitucionais. Como demonstrado, o limite delas é que essas alterações não afrontem o texto e o contexto constitucional, logo devem atuar na esfera da complementação e elucidação da norma constitucional. Assim, não se admite aqui que normas constitucionais não escritas contrariem as normas constitucionais escritas. Caso isso ocorra, o limite da mutação constitucional terá sido superado. Nesse momento, estar-se-á diante de figuras como a fraude, a quebra da Constituição ou mesmo a mutação inconstitucional. Expor que o limite, no caso, é o texto e o contexto gera outras dúvidas. O que é o texto? O que é o contexto? A partir de quando se extrapola o texto? A partir de quando se extrapola o contexto? Essas perguntas serão respondidas no próximo capítulo.

4 LIMITES TEXTUAIS E JURÍDICOS

4.1 Limites inerentes ao poder de reforma

No presente capítulo, pretende-se analisar os limites da mutação constitucional oriunda do processo formal de reforma implementada pelo poder constituinte derivado e pela via da interpretação. A ênfase na interpretação se justifica pelo fato de ela ser uma atividade necessária, inclusive, para se verificar a compatibilidade da nova norma jurídica oriunda do ato de reforma com o ordenamento jurídico existente, razão pela qual emerge o interesse em verificar qual é o próprio limite da interpretação.

A interpretação, para a nova hermenêutica, é um dos elementos que compõem a norma. Assim, a norma seria o resultado da soma do texto com a interpretação. Dessa forma, a mutação é um processo de alteração informal da norma, e, como a interpretação compõe a estrutura da norma, é fácil perceber que uma alteração na interpretação, nessa vertente, poderá acarretar mutações constitucionais. Já uma interpretação que simplesmente desconsidere ou contrarie o texto poderá ocasionar mutações inconstitucionais.

Essa assertiva de que o resultado da norma é uma soma do texto com a interpretação será avaliada no presente capítulo. Todavia, aceitando que a interpretação é um dos elementos da norma e não o único, é forçoso concluir que o intérprete não pode simplesmente desconsiderar o outro elemento que compõe o resultado “norma”, no caso, o texto. O texto não é um ponto de partida pura e simplesmente, pois ele delimita e, de alguma forma, restringe a margem interpretativa, uma vez que, num primeiro momento, a interpretação não pode contrariar o próprio texto que está sendo interpretado.

A interpretação não é criação livre de algo, a interpretação não é a criação da norma tendo como ponto de partida um texto qualquer, mas é a atribuição de determinado significado a um texto específico. Parece vago, mas isso já diz muito. Não restam dúvidas de que o intérprete pode muito, mas ele não pode tudo, já que o texto restringe, de alguma forma, as gamas hermenêuticas possíveis, pois o texto é necessariamente um elemento que compõe o resultado “norma”.

Dessa forma, é fácil perceber que a interpretação tem que incidir sobre o texto. É fato que existem inúmeras interpretações possíveis de um mesmo texto, mas este, ainda assim, restringe a gama interpretativa, uma vez que o intérprete tem o texto

não apenas como ponto de partida, ao contrário, a interpretação tem que estar coerente e dentro das possibilidades existentes do ato a ser interpretado. Em suma, o texto é objeto, mas também parâmetro da interpretação. Não se trata de criação livre do direito, embora algumas vezes alguns intérpretes ajam dessa forma.

O texto, por restringir as vias interpretativas, é um limite objetivo. É necessário primeiro entender como um texto surge, quem pode formalmente alterá-lo e quais os limites dessas alterações formais, para, em seguida, compreender como o texto influencia a interpretação e qual o limite do ato de interpretar, partindo do pressuposto de que, em regra, a norma é uma junção do texto com a interpretação, embora existam exceções que serão mais bem examinadas no decorrer deste capítulo.

Porém é importante esclarecer que a interpretação constitucional possui singularidades que a diferenciam da interpretação de outras normas, isso porque o fator político influencia a definição e o conteúdo dos princípios constitucionais, ajustando-se ao sentimento da coletividade.³⁴⁷ Ou seja, as normas constitucionais são impregnadas de valores com alto teor ideológico oriundos da realidade política.

Por conseguinte, é acentuada a repercussão desse elevado teor ideológico de que se impregna a realidade política, no processo de interpretação das normas constitucionais. Estas, para apreensão do seu mais íntimo e fiel significado, passam a solicitar o aporte complementar de elementos extrassistemáticos, em certa medida, hospedados muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da posituação formal. E num grau de intensidade bem maior que o suplicado pelas normas de direito comum, que não detenham contornos do poder político e não cuidam da repartição de seu exercício entre os Órgãos supremos do Estado ou entre as pessoas políticas de base territorial.³⁴⁸

Dito isso, o presente capítulo inicia-se com uma análise do poder constituinte – originário, derivado e difuso –, a fim de demonstrar como surge a Constituição, que é o texto que será posteriormente trabalhado pelos hermeneutas, bem como a forma pela qual se operam as alterações formais desse texto. Em seguida, analisar-se-ão as dificuldades de comprovar que de determinado texto extrai-se uma ou mais de uma norma com sentido unívoco.

No tópico “A verdade e o direito”, será discutida a dificuldade de demonstrar que de um texto retira-se uma única ou mesmo várias verdades, bem como se verificará que é impossível mensurar qual das interpretações admissíveis é a mais

³⁴⁷ CARBONE, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionale*. Padova: Cedam, 1948, p. 267.

³⁴⁸ BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 17.

correta, o que ocasiona uma gama infindável de soluções possíveis, aumentando, significativamente, a subjetividade do direito.

Uma das tentativas de restringir essa subjetividade é a adoção rigorosa de um determinado método científico, todavia a crença ou endeusamento do método científico como garantia de se obterem verdades é questionada neste capítulo, pois mesmo as ciências ditas “duras” não conseguem comprovar que a adoção de um determinado método é sinônimo de verdades científicas. O problema aumenta exponencialmente nas ciências sociais.

Assim, a partir desta breve introdução, fica mais fácil compreender a formatação deste capítulo e a linha de raciocínio que guiará a análise e a exposição do presente trabalho nos próximos tópicos.

4.2 O poder constituinte

A supremacia da Constituição advém do fato dessa norma ocupar o ápice da hierarquia das normas. Todas as demais normas contidas em determinado ordenamento jurídico tiram dela a sua validade jurídica, tanto formalmente quanto materialmente. Essa supremacia emana da origem da Constituição, uma vez que a norma maior decorre de um poder que institui todos os outros, denominado de “poder constituinte”.

O poder constituinte “é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão global sobre modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.³⁴⁹ É vontade política pelo fato de ele não ser palpável, muito menos estar formalizado em um determinado documento. Esse poder constitui o próprio Estado, e os demais poderes são por ele instituídos. Uma Constituição é formada pela vontade de uma Assembleia Constituinte.

Como é originário, é, normalmente, ilimitado. Pelo menos juridicamente assim o é.³⁵⁰ Além disso, é o fundamento de existência de todos os demais poderes.

³⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 123.

³⁵⁰ Em sentido contrário, sobre a limitação do poder constituinte pelo direito natural, cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 192 et seq.; NADALES, Antonio Joaquín Porras. Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. *Revista de estudios políticos*, n. 24, p. 175-200, 1981; RIGAUX, Marie-Françoise; DE VISSCHER, Paul. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier, 1985, p. 130. SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lîber Jûris, 1988, p. 180 e 188. Sobre a possibilidade de

Todavia, para entender melhor essa doutrina, é fundamental aprofundar-se no momento histórico no qual ela se desenvolveu.

Na década de 1780, a França encontrava-se imersa em uma enorme crise econômica, social e política, por ter acumulado uma enorme dívida que consumia quase a metade do orçamento do reino. O déficit orçamentário aumentou significativamente, em virtude da participação francesa na Guerra de Independência dos Estados Unidos da América, tendo em vista os auxílios não só financeiros, mas também militares, prestados pelo Rei Luis XVI aos Estados Unidos.

Contribuíram ainda para o aumento do déficit a participação na Guerra dos Sete Anos e os altos custos da corte de Luis XVI. Esse cenário, que já era conturbado, piorou ainda mais, em virtude das más colheitas, por causa das más condições climáticas ocorridas entre os anos de 1787 e 1789, o que causou falta de alimentos e castigou os camponeses pobres da França com a fome.³⁵¹

No meio desse caos econômico, Luis XVI convocou a Assembleia dos Notáveis de 1787, composta pela nobreza e pelo clero, para que esse grupo de privilegiados, até então isento de impostos, contribuísse com o pagamento de um novo imposto que incidiria sobre as propriedades das quais fossem proprietários, o que não foi aceito de comum acordo pelos membros da Assembleia.

O Rei não conseguiu realizar as reformas tributárias necessárias. Pelo contrário, os dois Estados se uniram à burguesia para lutar contra o poder real, num movimento que ficou conhecido como a Revolta dos Notáveis, que exigia, dentre outras coisas, a convocação da Assembleia dos Estados Gerais, a fim de que a pretendida reforma tributária fosse analisada e votada.

Com o intuito de remediar o problema instalado e por sugestão do Ministro dos Assuntos Econômicos, Jacques Necker, o Rei Luís XVI, cedeu à pressão dos dois Estados e convocou a Assembleia dos Estados Gerais, a fim de que esse órgão aprovasse as reformas necessárias para o período. A Assembleia era composta por representantes dos três Estados: o clero, a nobreza e a burguesia. A ideia original era que os três Estados juntos encontrassem soluções para a crise vivenciada. Os Estados

limites não jurídicos, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98-99.

³⁵¹ HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015, p. 7.

Gerais foram convocados em maio de 1789, sendo que a última reunião dessa Assembleia tinha ocorrido no ano de 1614.³⁵²

Cada Estado tinha direito a apenas um voto, independentemente do número de pessoas que cada um representava, ou seja, a votação era realizada por estamento e não por cabeça, sendo que a nobreza e o clero unidos representavam 5% da população francesa. O clero e a nobreza se uniram para derrotar o Terceiro Estado nas votações, havendo sempre dois votos contra um, sendo que as principais derrotas incidiram no âmbito tributário, o que acirrou ainda mais a tensão entre os três Estados.³⁵³

Os Privilegiados eram isentos de tributos. Nesse grupo estavam o Primeiro Estado, o clero, composto pelo Alto Clero, que era identificado com a nobreza e negava as reformas, e pelo Baixo Clero, que se identificava com o povo, que reclamava reforma, e o Segundo Estado, composto por nobres que viviam à custa do Estado, por uma camada provincial, que vivia das rendas dos feudos e por uma camada denominada “nobreza togada”, composta por juízes e altos funcionários burgueses que adquiriram seus títulos e cargos de forma onerosa e os transmitiam de forma hereditária.³⁵⁴

Os Privilegiados dependiam do trabalho e das riquezas produzidas pelo Terceiro Estado, uma vez que usufruíam não só do sistema de isenção de imposto, mas eram beneficiários do tesouro real, seja por meio de pensões ou de cargos públicos. Fato é que parte do fruto do trabalho dos membros do Terceiro Estado, por meio dos impostos, era redistribuído para o Primeiro e para o Segundo Estado. O Terceiro Estado era composto por burgueses, camponeses sem terra e os *sans-cullotes*, uma camada formada por pessoas integrantes de diferentes grupos, na qual prevaleciam os artesãos, aprendizes e proletários. O nome *sans-cullotes* refere-se às calças simples que os integrantes do grupo usavam, muito diferentes das roupas feitas com tecidos caros, usadas pelos nobres.³⁵⁵

Contrário à situação vivenciada, o abade Emmanuel Sieyès lançou e difundiu o panfleto “o que é o Terceiro Estado?”, sendo que, nesse trabalho, ele buscava dar fundamento para o fim dos privilégios instituídos pelo Antigo Regime. Uma das principais reivindicações desse autor era que o voto fosse computado individualmente e não mais por estamento. Além disso, o abade clamava que o Terceiro Estado se reunisse

³⁵² *Ibidem*, p. 8.

³⁵³ LISOWSKI, Telma Rocha. *O poder constituinte entre continuidade e ruptura: limites, tradição e transformação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013, p. 20.

³⁵⁴ HOBBSBAWM, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015, p. 8.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

como corpo constituinte, uma vez que era legitimado pela nação, para elaborar uma nova Constituição.

Aproximadamente seis semanas após o início dos trabalhos dos Estados Gerais, iniciou-se a reação do Terceiro Estado, que, inclusive, deu início à Revolução Francesa, uma vez que o Terceiro Estado transformou os Estados Gerais em Assembleia Nacional Constituinte e se autoproclamou representante legítimo de toda a nação francesa. A fim de acabar com os privilégios previstos no antigo regime, eles nomearam uma comissão para elaborar uma minuta de uma nova Constituição, sendo que Emmanuel Sieyès foi um dos integrantes dessa comissão.

Dessa forma, a sociedade francesa adentrou um período de enorme transformação social, não só extinguiu os privilégios que vigoravam para algumas classes, como pôs fim a toda ordem jurídica fundamentada na legitimação do Monarca e nos direitos oriundos do nascimento. A partir de então, todos eram vistos como iguais³⁵⁶ em direitos e obrigações,³⁵⁷ uma vez que todos compunham a mesma nação.

Crítica interessante é feita por Friedrich Müller ao fato de se colocar a nação no lugar de criador e organizador maior, espaço até então ocupado por Deus. A Revolução Francesa trouxe um processo de laicização e de substituição, o que é fundamentado pela base filosófica que a sustentou, o Iluminismo. Müller destaca que “desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na

³⁵⁶ Declaração Universal Dos Direitos do Homem e do Cidadão

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão.

³⁵⁷ Essa assertiva merece ser analisada de acordo com o momento histórico vivido, pois, se a partir da Declaração, todos os homens eram iguais em direitos e obrigações, o mesmo não valia para as mulheres. Nesse período, não se interpretava homem como sinônimo de ser humano, mas apenas como espécie do sexo masculino. Tanto assim, que houve tentativa de aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã perante a mesma Assembleia Nacional Constituinte, e a proposição foi refutada. A *Autora*, Marie Gouze, se opôs abertamente a Robespierre e acabou por ser guilhotinada em 1793, condenada como contrarrevolucionária e denunciada como uma mulher “desnaturada”. Sobre o tema, cf. *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã – 1791*. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

estrutura funcional não foi declarado vago”.³⁵⁸ Deus foi substituído por um suposto “povo”, ou melhor, naquele momento, pela nação, todavia a Assembleia Representativa, que era vista como o órgão fundamental de governo, não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita. De qualquer maneira, a base de todo ordenamento jurídico, a fonte de toda a soberania residiu “essencialmente na nação”.³⁵⁹ É fácil visualizar que a fonte da soberania continuou sendo algo tão vago ou mesmo mítico quanto Deus. A nação, conforme disse o Abade Sieyès, “não reconhecia na terra qualquer direito acima do seu próprio e não aceitava qualquer lei ou autoridade que não a sua – nem a da humanidade como um todo, nem a de outras nações”.³⁶⁰

Todavia, é justamente o poder constituinte, cujo titular é o povo, que legitima a elaboração de uma Constituição. Dessa forma, é fácil perceber que a superioridade das regras e normas constitucionais, em relação às normas e regras elaboradas a partir da própria Constituição, fundamenta-se na própria lógica. A superioridade das normas constitucionais advém de um poder que é fonte de todos os demais, o poder constituinte, que, como o próprio nome diz, constitui o Estado e estabelece os seus poderes.³⁶¹

A dúvida que remanesce é se o poder constituinte é um poder de fato ou de direito. A pergunta a que se visa responder é: qual a natureza jurídica do poder constituinte? Sobre o tema, têm-se duas correntes: uma positivista e outra naturalista. Para a primeira, o poder constituinte é um poder de fato, uma vez que, para o positivismo, só existe o direito posto. Logo, uma vez que o poder Constituinte se funda em si mesmo, não tendo nenhuma regra jurídica anterior como fonte de validade, ele só pode decorrer dos fatos.

Em contrapartida, a corrente naturalista defende que o direito não se esgota em procedimentos escalonados de regra, nem termina numa norma fundamental, ao contrário, há direito fora do direito posto, e esse é inclusive anterior ao direito positivo.

³⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento* (sobre o poder constituinte do povo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

³⁵⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

³⁶⁰ HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015, p. 5.

³⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

Nesses casos, o poder constituinte é visto como poder de direito, pois “é fundado num poder natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre”.³⁶²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota a segunda corrente, pois entende que o direito não se limita ao direito positivo, para ele “há um direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este”.³⁶³ Assim, ele enquadra o poder de organizar o Estado por meio de uma Constituição como sendo um poder direito.

Porém essa não é a corrente majoritária, pois prevalece o entendimento de que a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico superior, mas sim das forças determinantes da sociedade que a precede.³⁶⁴ Ou seja, é uma força política que disciplina e determina a própria sociedade.

Outra questão que merece destaque é quanto aos legitimados do Poder Constituinte. É fato que existe uma diferença entre os legitimados e os agentes que o operam. Da mesma forma, a história caminha e os legitimados são alterados de acordo com determinado momento histórico. Por isso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chama a atenção para a impossibilidade de se analisar, aos olhos de hoje, se em determinado período histórico o poder constituinte foi ou não exercido pelos seus reais legitimados.³⁶⁵

Assim, durante a Revolução Francesa, enquanto os legitimados para exercerem o poder constituinte eram os membros do Terceiro Estado, pois, segundo teóricos como Sieyès, eles eram os reais representantes da Nação, logo, titulares do poder constituinte, nos dias atuais entende-se que o povo é o titular do poder constituinte. Todavia, em razão da impossibilidade de se exercer a democracia direta nas sociedades modernas, esse poder, embora de titularidade do povo, é exercido por agentes que o representam.

As principais características do poder constituinte originário são o fato de ele ser inicial, ilimitado e incondicionado. É claro que há vozes dissonantes na doutrina que defendem que o poder constituinte possui limitações. Isso é fácil de ser explicado até por existir, como já exposto, uma corrente naturalista que defende que o poder

³⁶² *Ibidem*, p. 53.

³⁶³ *Ibidem*, p. 53.

³⁶⁴ BOCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 159-180.

³⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

constituente é um poder direito, logo ele estará limitado pelo Direito Natural.³⁶⁶ Esclarece-se que a limitação defendida pelo direito natural é a limitação jurídica.

A não limitação jurídica³⁶⁷ é consequência do fato de o Poder Constituinte ser inicial – ele inicia, constitui, institui a ordem jurídica vigente – logo ele não está limitado a nenhuma norma jurídica superior ou anterior a ele, uma vez que, por ser ele inicial, não existe, juridicamente, nenhum óbice ou procedimento a ser observado. Também por isso, ele não pode estar condicionado a nenhum direito preexistente, logo ele também é incondicionado.

Todavia é fato que isso não quer dizer que não existam limites não jurídicos, pois pode haver limites éticos, morais, sociais, políticos, culturais, etc. Isso porque o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação. Ocorre que os agentes do poder constituinte, em sociedades modernas, dificilmente serão os titulares desse poder. Caso os representantes do povo aprovem uma Constituição não condizente com os valores preponderantes de uma determinada sociedade, é bem provável que a norma não seja validada pelos reais titulares do poder constituinte. Entretanto essa não aceitação se operará no mundo dos fatos e não no mundo jurídico.

É claro que “povo” é um conceito jurídico complexo, existindo vários significados, alguns mais amplos, que abrangem não só os atuais viventes, mas também as tradições, valores das gerações passadas e a preocupação com as gerações futuras, e outros mais restritivos, como o critério político, que abarca apenas as pessoas que podem votar. Da mesma forma, existem outros critérios que identificam “povo” aos nacionais.

Embora a titularidade do poder originário seja do povo, nem sempre será por ele exercido. Assim, nas constituições promulgadas, o povo é o titular do poder constituinte originário e o exerce de forma indireta, por meio de representantes eleitos

³⁶⁶ Na mesma linha, em defesa da limitação do Poder Constituinte, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. p. 105-10; LISOWSKI, Telma Rocha. *O poder constituinte entre continuidade e ruptura: limites, tradição e transformação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013, p. 20; SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988, p. 180 e 188.

³⁶⁷ É importante destacar que há autores, como Jorge Miranda, que defendem que o poder constituinte originário é limitado juridicamente. Para Jorge Miranda, as limitações ao poder constituinte originário são assim classificadas: I – Imanentes = dizem respeito à atuação do constituinte originário formal; II – Transcendente = são aquelas que dizem respeito ao direito natural e aos direitos fundamentais. Não se podem subtrair direitos que já foram conquistados anteriormente. Dessa forma, a Constituição tem que evoluir e não retroceder. Nessa limitação existe a cláusula de “proibição do retrocesso,” conhecido como efeito *cliquet*; III – Heterônomas = são aquelas que dizem respeito a outras ordens jurídicas (direito internacional). MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 107-109.

em Assembleia Constituinte, ou de forma direta, quando o próprio povo elabora a Constituição. Porém, nas constituições outorgadas, o poder será exercido por aquele que impõe a Constituição. Nesses casos, o que se tem é um usurpador do poder, sendo que a titularidade permanece com o povo, porém este não a exerce, mas, necessariamente, concorda com a Constituição outorgada. Quando o povo deixar de consentir, ter-se-á uma ruptura revolucionária.

É importante frisar que o povo manifesta o poder constituinte por meio de qualquer expressão reconhecível de sua vontade pela qual anui com o modo e a forma da nova unidade política³⁶⁸ e que o poder constituinte é um poder latente, que não se esgota no momento da sua aplicação, mas que eclode, de tempos em tempos, nos momentos em que há uma ruptura na ordem jurídica vigente.

Ressalte-se, ainda, que há autores, como Paulo Bonavides, que restringem o termo “poder constituinte originário” apenas para aquele que aparece em situações extremas de ruptura com a ordem jurídica vigente, por meio de uma revolução. Nas palavras de Bonavides, o poder constituinte propriamente dito é aquele que aparece “na crista das revoluções ou das erupções do vulcão social, dissolvendo regimes, aluindo sistemas institucionais, edificando sobre novas bases a organização política do Estado e da sociedade”.³⁶⁹ Em contrapartida, toda vez que uma nova Constituição emerge sem que ocorram movimentos sociais aptos a destruir os alicerces no qual estão construídas as bases institucionais, esse ato é oriundo de um poder constituinte derivado. Assim, para esse autor, existem dois poderes derivados, um de primeiro grau,³⁷⁰ que elabora a Constituição, e um de segundo grau, que efetua as reformas constitucionais pelas vias da emenda ou da revisão.³⁷¹

O poder constituinte derivado de primeiro grau também decorre do originário; o de segundo grau, na verdade, seria um poder terciário, pois emana do derivado de primeiro grau. Uma vez que ambos os poderes são derivados, nenhum deles é ilimitado juridicamente, logo não podem “fundar um regime, um sistema novo de

³⁶⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 131.

³⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 53.

³⁷⁰ Paulo Bonavides assim ensina: “Poder-se-ia até dizer que ambos, sendo derivados, um é todavia de primeiro grau. Muitos, aliás, equivocadamente, o têm tratado como se fora ele também uma forma autêntica de poder constituinte originário, o que não é verdade. Não o é, a nosso parecer porque não procede de um ato revolucionário”. *Ibidem*, p. 54.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 53.

governo, uma reorganização do Estado, além dos limites da Constituição que os geraram”.³⁷²

Essa forma de pensar de Paulo Bonavides é uma clara tentativa de limitar juridicamente a maioria dos casos nos quais surge uma Constituição, pois, como o próprio autor explicita, os movimentos revolucionários de ruptura da ordem jurídica vigente são raros historicamente. Enxergar o poder constituinte originário como derivado de primeiro grau traz alguns entraves que, em momento algum, foram superados ou mesmo enfrentados por Paulo Bonavides.

O próprio autor cita que o poder constituinte derivado de primeiro grau é limitado pela própria Constituição que o gerou, porém ele mesmo afirma que o poder derivado de primeiro grau elabora a Constituição. Aqui já há uma contradição, pois como um poder que elabora uma constituição está subordinado aos limites instituídos pela Constituição que está sendo elaborada por ele próprio? A única solução para o problema seria adotar a tese de que essa Constituição que está sendo elaborada é equivalente a uma “emenda à última constituição revolucionária” e que essa, sim, limitaria o derivado de primeiro grau. Porém a tese não encontra respaldo jurídico, pois até há quem defenda que existam normas constitucionais inconstitucionais, porém o padrão da inconstitucionalidade é a própria Constituição e não outra Constituição já revogada.³⁷³

Por fim, nessa linha de raciocínio, todas as Constituições brasileiras deveriam ter respeitado o que dispõe a Constituição de 1891, logo não poderiam “fundar um regime, um sistema novo de governo ou uma reorganização do Estado”³⁷⁴ diferente do que estava consignado naquela Constituição, tendo em vista que a Constituição de 1891 foi a última oriunda de uma revolução.

Dessa forma, todas as normas constitucionais contrárias ao paradigma descrito, nos casos em que o poder constituinte derivado de primeiro grau não tenha respeitado um dos limites apontados, são inconstitucionais. Logo, nesse cenário, é impossível que no Brasil se adote o sistema parlamentarista. Imagine-se o problema, se o resultado do plebiscito de 1993 sobre a forma e o sistema de governo no Brasil tivesse

³⁷² *Ibidem*, p. 54.

³⁷³ Sobre o tema: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel Moreira Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

³⁷⁴ Limites apontados por Paulo Bonavides como intransponíveis pelas Constituições Derivadas de 1º Grau. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 53.

sido outro. Caso o parlamentarismo ou a monarquia vencesse, a norma seria inconstitucional, em face da Constituição de 1891? É evidente que tal raciocínio não pode prevalecer.

4.2.1 O poder constituinte derivado

O poder constituinte derivado fundamenta o poder de reforma de determinada Constituição. A própria Constituição delimitará a atuação do poder constituinte derivado e os meios para a sua concretização. Dessa forma, é fácil perceber que o poder constituinte derivado, diferentemente do originário, é limitado juridicamente, uma vez que ele deve observar os parâmetros constitucionais.

O poder constituinte derivado, também conhecido como de segundo grau, instituído ou constituído, pelo fato de ser oriundo do poder constituinte originário, está submetido a todas as limitações, explícitas e implícitas, descritas na norma constitucional.

A sua principal característica é o fato de ele ser oriundo do poder constituinte originário, logo o seu fundamento de validade é a Constituição. Disso decorre que, diferentemente do originário, que é inicial, ele é posterior, é subordinado às regras materiais descritas no texto constitucional e tem o seu exercício condicionado às regras formais de processo legislativo, previamente descritas na Constituição.

O poder constituinte derivado pode ser subdividido em dois grupos: poder derivado de revisão ou reforma e poder derivado decorrente. O primeiro se configura como a possibilidade de alterar formalmente uma determinada Constituição, o que pode ocorrer por meio de emenda ou revisão constitucional. O segundo é um típico poder existente apenas nas federações, uma vez que se refere ao poder dos Estados-membros³⁷⁵ de elaborar as suas próprias constituições, com o fito de se auto-organizarem.

O poder constituinte derivado tem natureza jurídica de poder de direito e não de poder de fato.³⁷⁶ Diferentemente do originário, ele é jurídico e não político, daí

³⁷⁵ No caso do Brasil, incluem-se os municípios, uma vez que a federação é tripartida. As “constituições” municipais são chamadas de Lei Orgânica.

³⁷⁶ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

decorre toda a limitação inerente ao escalonamento das normas, tanto limites materiais, quanto formais, pois é subordinado ao poder que o instituiu.³⁷⁷

A titularidade do poder constituinte reformador também pertence ao povo, que pode exercê-lo diretamente, nos casos de democracia direta, ou indiretamente, por meio de representantes eleitos ou mesmo de forma mista, nos casos em que a Constituição consagra os institutos do plebiscito ou *referendum*.

A reforma da Constituição é um “gênero do qual são espécies a revisão e a emenda. Em sentido amplo, a reforma da Constituição, como gênero, é o processo técnico de mudança constitucional, seja através de emendas ou de revisão”.³⁷⁸

A emenda constitucional integra o processo legislativo, visa à alteração da Constituição. Uma vez aprovada, promulgada e publicada, a emenda passa a ter a mesma eficácia das demais normas constitucionais. Já a revisão é a ampla alteração do texto constitucional, dedicando-se ao processo de mudanças constitucionais pelos processos e conformidades aos limites estabelecidos na própria Constituição.³⁷⁹ O sentido de “ampla revisão” aqui empregado não se refere, necessariamente, a que a reforma deva ser extensa, mas sim que ela não está obrigada a se restringir a um determinado tópico ou assunto, podendo alterar vastamente o texto constitucional. Dois exemplos ilustram bem a questão: a revisão da Constituição de 1988, ocorrida no Brasil, foi bem modesta, enquanto na França houve alteração significava de amplas porções da Constituição de 1958 pela via da revisão.³⁸⁰

Apesar do esforço de parte da doutrina em diferenciar os institutos da Reforma, da Revisão e da Emenda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica essa classificação, argumentando que ela nunca foi observada pelas constituições que vigoraram no Brasil, muito menos pela doutrina especializada. Aduz, ainda, que nem mesmo no direito comparado a mencionada classificação é adotada, razão pela qual conclui que “inexiste uma terminologia fixada sobre o assunto. Ou todos os autores e legisladores citados estarão errados ou somente certos alguns eruditos?”³⁸¹

³⁷⁷ SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988, p. 124.

³⁷⁸ BORNIN, Daniela Queila dos Santos. Limitações ao poder constituinte reformador. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6526>. Acesso em: 29 jun. 2015.

³⁷⁹ BORNIN, Daniela Queila dos Santos. Limitações ao poder constituinte reformador. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6526>. Acesso em: 29 jun. 2015.

³⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 225.

A variação do quórum exigido para implementar o processo de alteração da Constituição caracterizará o seu grau de rigidez. São denominadas de flexíveis as constituições que, para serem alteradas, dependem do mesmo procedimento de alteração de uma lei ordinária e rígida, aquelas que exigem um quórum mais qualificado para alteração das suas normas do que os exigidos para a alteração de uma lei ordinária.³⁸² É possível que numa mesma Constituição existam matérias modificáveis por quórum simples e por quórum especial; nesse caso, ela é denominada de semirrígida.³⁸³

Fato é que uma maior dificuldade no regime de alteração das normas constitucionais, por si só, não impede que mutações constitucionais ocorram. Pelo contrário, as alterações informais não são incompatíveis com as constituições rígidas, elas proliferam em cenários que possuam constituições plásticas,³⁸⁴ independentemente da rigidez ou da flexibilidade da Constituição.

A rigidez compõe os elementos de estabilização constitucional. Essa função de estabilização é obtida por meio das ações diretas de inconstitucionalidade e das limitações temporais, circunstanciais e materiais.³⁸⁵ No Brasil, não há qualquer limitação temporal para alteração da Constituição, já em Portugal, uma revisão constitucional só pode ocorrer depois de decorridos cinco anos da última revisão, salvo nos casos de revisão extraordinária.³⁸⁶

Esse limite temporal conforma um fator estático, pois desacelera as possíveis alterações a serem efetuadas. O quórum qualificado exige alto grau de consenso dos parlamentares, o que não é fácil de obter, principalmente quando se

³⁸² Sobre o tema, cf: ROYO, Javier Pérez. *La reforma de la constitucion*. Madrid: Publicaciones de Congreso de los Diputados, 1987, p. 10-11.

³⁸³ Um exemplo é a Constituição do Império do Brasil de 1824, que assim dispunha: “é só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos direitos Políticos e individuais do cidadão. Tudo que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. BRASIL. Constituição (1824) *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 out. 12016.

³⁸⁴ O termo não está sendo utilizado como sinônimo de constituição flexível. Raul Machado Horta conceitua como constituição plástica aquela que apresenta conceitos indeterminados, possibilitando ao legislador ordinário proceder à adaptação do significado do texto constitucional por meio da legislação infraconstitucional, em consonância com a necessidade imposta pela realidade social de um determinado momento. HORTA, Raul Machado. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 209.

³⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.143-148.

³⁸⁶ Art. 284º da Constituição Portuguesa de 1976 - 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções.” PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*, 1976. Lisboa: Assembleia Legislativa, 1976.

aproxima dos núcleos de identidade da Constituição.³⁸⁷ Essa desaceleração produtiva tem como efeito a estabilização da Constituição. Nada impede ainda que a Constituição preveja limites materiais, nesse caso, alguns doutrinadores chegam a nomeá-la de super-rígida.³⁸⁸ As limitações circunstanciais impedem que a Constituição seja alterada em períodos de forte instabilidade política.

Os processos formais de alteração da Constituição previstos no Brasil são as emendas constitucionais e a revisão constitucional, enquanto em Portugal o único procedimento é o da revisão constitucional.

Outro ponto importante é que, embora o poder de reforma seja um poder limitado, diferentemente do poder constituinte originário, o fato é que, em Constituições ditas flexíveis, o poder reformador se confunde com o poder originário, uma vez que, nesses casos, não há limites para a atuação do Poder Legislativo.³⁸⁹

4.2.2 A mutação constitucional oriunda do poder constituinte derivado

A Constituição deve possuir regras que permitam sua integração com diversos atores sociais. Para isso, ela traz, no bojo de sua sistemática, formas que permitam tal integração com a legislação infraconstitucional. É o que elucida José Afonso da Silva:³⁹⁰

Já ressaltai, de outra feita, a relevância da lei no Estado Democrático de Direito. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. E se a Constituição se abre para transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição. Muitas normas constitucionais, outorgantes de direitos econômicos e sociais, dependem de uma legislação ulterior que integre sua eficácia e realize na prática sua aplicação. Neste caso, a lei até poderá ser considerada como um instrumento de realização da eficácia da Constituição, exercendo a função transformadora da sociedade, alterando-lhe o controle social, impondo mudanças sociais democráticas. A Constituição

³⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, v. 1, p. 60.

³⁸⁸ Alexandre de Moraes menciona que as constituições super-rígidas são aquelas que possuem cláusulas pétreas. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, p. 41.

³⁸⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “observa-se, porém, que, embora se possa falar de Poder Constituinte relativamente a uma Constituição flexível, propriamente a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos só tem interesse relativamente à Constituição rígida. De fato, naquela é o mesmo poder que gera as regras ordinárias e as regras constitucionais, assim o Poder Legislativo e o Poder Constituinte se confundem”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52.

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 289.

prevê, em vários de seus artigos, uma lei de tipo especial, a lei complementar, para desenvolver seu conteúdo, com natureza paraconstitucional.

Quando a Constituição delega à legislação infraconstitucional a regulamentação de vários preceitos constitucionais, ela abre uma gama de possibilidades para ocorrências de mutações.

A cada modificação legislativa infraconstitucional, desde que esta altere o significado da norma matriz estabelecida na Constituição, bem como seja aceita socialmente de forma espontânea, ocorrerá uma mutação constitucional.

Essa é uma das poucas hipóteses de mutação constitucional pela via do processo legislativo formal, visto que é a norma infraconstitucional que provocará a mutação, sendo a Constituição alterada por reforma legislativa infraconstitucional, passando pelos trâmites formais do Poder Legislativo. É nesse momento que aparece o grande risco contido nessa forma de mutação, qual seja, a substituição dos processos formais de reformas da Constituição pela ação da legislação infraconstitucional.

No Brasil, algumas leis ordinárias inovaram no processo constitucional brasileiro. A Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998 autorizou que os órgãos fracionários dos tribunais não mais submetessem ao pleno ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando o STF já houvesse pronunciado sobre a questão³⁹¹. Essa alteração “ampliou os efeitos da decisão tomada no controle difuso e concreto de normas que, deste modo, não se limitam ao caso concreto julgado”.³⁹²

Outros exemplos são a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que autorizou o STF a modular os efeitos da decisão que declara o ato inconstitucional, bem como estendeu o efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e a Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que regulamentou a ação de descumprimento de preceito fundamental “que já era prevista na Constituição de 1988, no seu texto original e que não carecia de regulamentação”.³⁹³

³⁹¹ Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998

Art. 481.....

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

³⁹² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Proceso constitucional en Brasil: nueva composición del STF y cambio constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 12, p. 459-468, 2008.

³⁹³ *Ibidem*, p. 459-468.

Ademais, fica evidente que a mudança na interpretação das normas infraconstitucionais que regulamentam normas constitucionais também pode levar à ocorrência desse tipo de mutação constitucional.

É claro que, se a norma infraconstitucional for contrária ao texto constitucional, estar-se-á diante de uma norma inconstitucional. Todavia, caso essa norma não seja afastada pelo controle de constitucionalidade, o que se terá é uma mutação inconstitucional em potencial. O tema das mutações inconstitucionais será aprofundado no Capítulo 5.

4.2.3 Poder constituinte difuso

O poder constituinte difuso é um poder que opera de modo informal. Ele atua de forma silenciosa, alterando as normas por meio da aplicação do direito. Esse poder fundamenta a ocorrência de mutações constitucionais, uma vez que as normas são modificadas, independentemente de um ato de reforma. Logo uma característica marcante do poder constituinte difuso é o fato de ele ser exercido em caráter permanente e por meio de mecanismos informais,³⁹⁴ isto é, por institutos não previstos pela Constituição, mas por ela admitidos.

Embora esse poder não tenha sido previsto, inicialmente, nas primeiras classificações jurídicas sobre o poder constituinte, o fato é que, desde as observações de Georges Burdeus, a comunidade jurídica passou a estudá-lo e a tentar compreender a forma pela qual ele opera.

As modificações informais da Constituição, informais porque operam fora das modalidades instituídas pelo poder constituinte originário para os atos de reforma, são obras de um poder inorganizado.

A função desse poder é complementar a Constituição, mantê-la viva, de forma que ela não se transforme numa peça histórica de museu. Ele atualiza e preenche vazios constitucionais de forma a continuar, permanentemente, a obra do constituinte. O

³⁹⁴ Sobre o tema, Uadi ensina que: “De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais”. BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

poder constituinte difuso atua por meio da aplicação e interpretação do direito, daí a dificuldade de se estipularem limites a sua atuação.³⁹⁵

Anna Cândida justifica a existência do poder constituinte difuso em face da própria lógica da Constituição. Para essa autora, uma vez que a Constituição “nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial por vezes é incompleto,³⁹⁶” ela necessita de uma constante atuação que permita defini-la, redefini-la, afastar obscuridades, aplicá-la, de forma a possibilitar que as novas situações sejam solucionadas por meio dos seus preceitos, sem deixar que esses mesmos preceitos se tornem obsoletos diante de uma sociedade em eterna evolução.

A grande dificuldade está em encontrar limites para a sua atuação, pois, se isso não for possível, o poder constituinte seria equivalente a um poder constituinte originário. Enquadrá-lo como espécie do poder constituinte originário, da mesma forma que o derivado o é, força a pensar que esse poder tem os mesmos limites do derivado. Nesse caso, a limitação decorre de uma premissa básica: o fato de o poder difuso ser decorrente do poder constituinte originário, pois, nesse caso, da mesma forma que o derivado, o difuso seria uma espécie do originário, logo estaria limitado por ele.

Caso se entenda que o poder constituinte difuso é, na verdade, apenas uma das formas de concretização do poder constituinte originário, ou seja, caso o difuso seja visto como uma forma permanente de atuação do poder constituinte originário, ele terá os mesmos limites do poder constituinte originário, já expostos neste capítulo.

Muitos doutrinadores, influenciados por Konrad Hesse, defendem que há limites. Os mais conservadores os fixam apenas no texto da Constituição, logo o poder constituinte difuso não poderia alterar “a letra e o conteúdo expresso da Constituição”,³⁹⁷ o seu âmbito de atuação se restringiria ao sentido da norma.³⁹⁸ Barroso amplia as limitações apontadas por Ana Cândida. Para o mencionado autor, os limites são de duas espécies: 1) as possibilidades semânticas do relato da norma; e 2) a

³⁹⁵ Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, Tome III, p. 246-47. “Se o Poder Constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir. Percebe-se geralmente esta ação permanente quando se qualifica o costume constitucional”.

³⁹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 11.

³⁹⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 11.

³⁹⁸ Cf. FERRAZ, *loc. cit.* “O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.”

preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição.³⁹⁹ Nesses dois casos, o difuso estaria dentro do limite de atuação do derivado.

Outros doutrinadores, como Sérgio Resende, ensinam que a Constituição de um Estado pode nascer diretamente dos costumes do povo, nesse caso não haveria um poder constituinte demarcado, mas sim indeterminado, difuso em todo povo.⁴⁰⁰ Nesse caso, o poder constituinte difuso é uma modalidade na qual o poder constituinte originário se exercita, logo sobre ele incidem os mesmos limites do poder constituinte originário. Saliente-se que o conceito de poder constituinte difuso utilizado por Sérgio Resende é diferente do adotado na presente tese.

Quando se discute o poder constituinte difuso, na verdade, está-se discutindo a influência do fator tempo no direito, por isso a dificuldade do tema. Enquanto o exercício do poder constituinte originário e do derivado são possíveis de serem temporalmente identificados, pois se reduzem a atos instantâneos, o poder constituinte difuso cria incessantemente o novo.⁴⁰¹ Se o direito não tivesse essa capacidade de se reinventar diariamente, provavelmente não seria possível que um mesmo ordenamento jurídico se mantivesse estável no decorrer dos anos, pois “tudo que era sólido desmancha no ar, tudo o que era sagrado é profanado.”⁴⁰²

É fato que o direito se preocupa com o tempo, com a sua estabilidade, mas, principalmente, com a sua durabilidade. A instituição é, na concepção de Hauriou, o mecanismo que permite ao direito concretizar a sua duração evolutiva. Por isso, Hauriou desconstrói a forma tradicional de visualizar o direito e a reconstrói em forma de instituições. Em suma, para Hauriou, a instituição possibilita ao direito equilibrar duas ideias claramente antagônicas: a estabilidade e a mudança. Porém o fato é que ambas são necessárias para a harmonia social.

A ideia de instituição se opera em três níveis ou momentos. Inicia-se com uma ideia de obra ou empresa, que nada mais é que uma minuta, um projeto, que

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128.

⁴⁰⁰ Sobre o tema, cf.: “A Constituição de um Estado pode nascer diretamente dos costumes do povo, em vez de ser escrita por agentes que deliberam em seu nome. Nesse caso, não há deliberação constituinte, mas há Constituição, já que nenhum Estado existe sem constituir-se. Ai ocorre que o poder de constituir o Estado fica indeterminado: difuso por todo o povo”. BARROS, Sérgio Resende. *Noções sobre o Poder Constituinte*. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-poder-constituente.cont>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁴⁰¹ Nesse diapasão, mantêm-se atuais as críticas de Hauriou: “Se o direito não utilizasse o tempo, se se reduzisse a atos instantâneos, ele não seria nada”. HAURIU, Maurice. *Aux sources du droit*. Toulouse: Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1986, p. 189.

⁴⁰² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015, p. 29.

antecipa o plano organizacional da instituição. Essa ideia ganha força de forma potencial e progressiva, com o contributo das forças sociais, num meio determinado. Após a realização ou concretização da ideia, surgem órgãos destinados ao governo da organização, por meio de uma Constituição. Por fim, a instituição tende a adentrar o meio social, renovando-se por meio da adesão de novos membros aderentes, dessa forma, ela estabelece-se de forma durável, embora não pare de se transformar.⁴⁰³

A fim de explicar o seu raciocínio, Hauriou utiliza-se de metáfora que compara os fundadores com os plantadores, pois, segundo ele, os fundadores “confiam ao meio social uma ideia viva que, uma vez enraizada, aí se desenvolve por si mesma”.⁴⁰⁴ Na visão de Hauriou, o poder constituinte ganha dinamicidade social.⁴⁰⁵

Ver o poder constituinte difuso como instituição significa que a obra realizada inicialmente pelo poder originário estaria em constante alteração, crescendo e se ampliando, por meio da aplicação do direito. Nesse caso, o poder deixa de ser estático e passa a ser dinâmico, equivalendo-se a um poder constituinte originário permanente.

O fato é que só existem quatro possibilidades de classificação para o poder constituinte difuso: ou ele é uma manifestação do próprio poder constituinte originário, ou é uma subespécie do poder derivado, ou uma espécie do poder constituinte originário, diferente do derivado, ou é um terceiro gênero com características do originário e do derivado.

Se for uma manifestação permanente do poder constituinte originário, os seus limites serão os mesmos do poder constituinte originário, logo o texto, o valor, os preceitos fundamentais, os princípios fundamentais e as cláusulas pétreas não limitam em nada o seu exercício.

Diferentemente, se o poder difuso for uma subespécie do poder constituinte derivado, ele estará submetido a todas as limitações previstas pelo poder constituinte originário. Nesse cenário, o texto ganharia força, pois o seu poder de reforma estaria restrito às delimitações expressamente previstas na Constituição. Ocorre que, nessa hipótese, nada fundamentaria a existência de alterações não formais contrárias ao texto

⁴⁰³ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 73

⁴⁰⁴ HAURIOU, Maurice. La Théorie de l'institution et de fondation: Essai de vitalisme social. In : HAURIOU, Maurice (Ed.). Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté. *Cahiers de la Nouvelle journée*, n. 23, 1925, p. 37.

⁴⁰⁵ Santi Romano desenvolveu ainda mais a ideia de instituição, para ele o direito (ordem jurídica) é necessariamente uma instituição, sendo que o direito só existe na forma de instituição. Sobre o tema, cf.: ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Traduction de L. François et P. Gothot. Paris: Dalloz, 1945/2002, p. 25 et seq.

constitucional, sem falar que toda alteração necessitaria ser realizada de modo formal, o poder informal de alteração deixa de existir, assim, as alterações se aplicariam apenas quanto ao sentido da norma. O problema passa a ser, então, explicar a existência de mutações inconstitucionais como o desuso, além do surgimento de novas normas, mesmo que não contrárias ao texto, bem como explicar o costume, nos casos em que a própria Constituição não prevê o costume como fonte de direito.

A terceira hipótese coloca o difuso dentro do conjunto do originário, ao lado do derivado. Ocorre que, nesse cenário, o poder originário ainda limitaria o difuso, logo não seria possível haver no ordenamento jurídico quaisquer alterações informais contrárias às normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário. Assim, esse cenário admite as mutações constitucionais, mas não aceita como possíveis as mutações inconstitucionais.

A última possibilidade não existe, pois qualquer tentativa de criar um terceiro gênero ou um sistema misto obriga o interprete classificador a incluí-lo, necessariamente, em uma ou outra classificação. Por exemplo, se se entende que o poder difuso é uma espécie do poder constituinte originário ao lado do derivado, isso quer dizer que ele deve observar todas as limitações instituídas pelo poder originário, logo ele já estaria albergado na terceira hipótese. Se o incluir entre o originário e o derivado, como ele está dentro do originário, novamente, ele deve observar todas as limitações do derivado, logo ele novamente nada mais é que poder derivado ou algo dentro do conjunto do originário, ao lado do derivado. Se o colocar fora do poder constituinte originário, ou ele não é poder ou ele tem as mesmas características do originário, portanto ilimitado juridicamente, o que faz dele poder constituinte originário.

Dessa forma, demonstrado está que ou o poder difuso é poder constituinte originário permanente ou é um poder contido dentro do originário, ao lado do derivado, logo sobre ele incidem as mesmas limitações jurídicas do originário. Na primeira hipótese, não há limites jurídicos para a sua atuação, salvo o direito natural. Se ele for um poder contido dentro do originário, mas diferente do derivado, ele deve respeitar os limites previstos pelo poder originário.

Parece plausível realizar o mesmo raciocínio empregado por Serge Sur ao diferenciar regra consuetudinária de processo consuetudinário ao poder constituinte originário e ao poder constituinte difuso. Sur entende que as regras consuetudinárias são absorvidas pelo direito oficial, nas suas formas mais diversas: leis, tratados, regulamentos, decisão judicial, etc. Diferentemente ocorre com o processo

consuetudinário, já que este não é absorvido pelo direito oficial, ele não compõe um determinado ordenamento jurídico, mas atua como matriz de outras normas.⁴⁰⁶

François Ost ensina que o costume visto como processo consuetudinário permanente “não se deixa reduzir por nenhum reconhecimento positivo, mesmo a codificação de que é objeto não é de natureza a absorvê-lo”.⁴⁰⁷ O processo consuetudinário não para de trabalhar, mesmo nos casos em que a regra consuetudinária é absorvida pela norma, o processo continua a atuar, de forma permanente, com vista a “adaptá-las às modificações das práticas (efetividades) e dos juízos de valor (legitimidade) dos atores jurídicos”.^{408 409}

Visto dessa mesma forma, o poder constituinte difuso seria um processo, um fluxo permanente de atuação do poder constituinte originário que, em certo momento, emerge e altera e modifica o direito até então vigente em um determinado ordenamento jurídico. Os seus limites são os mesmos da mutação constitucional, pois a mutação é um dos procedimentos pela qual o poder constituinte difuso opera as suas reformas. Nesse caso, a palavra limite deve ser entendida de acordo com o conceito inicialmente fixado para o limite da mutação constitucional, apresentado no primeiro tópico, do primeiro capítulo desta tese. Assim, deve ser vista não como uma barreira intransponível, mas como algo que, caso seja superado, gerará uma nova substância, ou seja, acarretará o surgimento de mutações inconstitucionais.

Todavia o fato de se enquadrar o poder constituinte difuso no poder constituinte originário gera algumas incompatibilidades que não podem deixar de ser analisadas. A principal é a falta de legitimidade democrática para o exercício desse poder transformador, uma vez que ele, na via interpretativa, é concentrado, principalmente, nas mãos de agentes políticos que não são eleitos democraticamente pelo povo para atuarem como seus representantes no exercício do poder originário.

No caso, é possível alegar que o poder difuso possui titularidade diferente do poder originário, pelo fato de o povo não participar, direta ou indiretamente, do seu

⁴⁰⁶ SUR, Serge. La coutume internationale. Sa vie, son œuvre. *Droits*, n. 3, 1986, p. 114. et seq.

⁴⁰⁷ OST, François. O tempo do direito. . *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 109.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 109.

⁴⁰⁹ Ost entende que o costume deve ser considerado mais como um processo do que como norma. “Sabemos agora que o costume não passa do fluxo permanente de transformação do direito; quando este é encarado no seu surgimento – quando o fluxo aparece à superfície da vida jurídica, poderemos qualificá-lo de ‘costume’. Mas depressa acabará por se incorporar nesta ou naquela norma que o designará doravante (tratado, lei, decisão da jurisprudência). Mas o que fato de ser assim oficializado e consagrado não esgota por isso o fluxo do ‘processo’ consuetudinário que depressa retornará o seu curso subterrâneo para reaparecer em breve mais longe sob uma forma diferente”. *Ibidem*, p. 110.

exercício. Todavia essa assertiva pode ser superada pela defesa de que a legitimidade do poder difuso continua pertencendo ao povo, uma vez que toda alteração realizada pelos agentes do poder difuso apenas se estabiliza no tempo em face da inércia dos titulares, o povo, que aceita essas decisões. Essa teoria nada mais é do que um paralelo com os casos de constituições outorgadas, pois, mesmo que a Constituição seja outorgada, se entende que, ainda assim, é o povo o titular do poder constituinte originário, pelo fato de que há o consentimento dele para a elaboração da Constituição. A partir do momento que o povo não mais consentir, haverá uma revolução.

Todavia, ainda assim, permanece a ilegitimidade democrática para o exercício desse poder, pois, enquanto no originário quem exerce o poder constituinte são os agentes, os membros da assembleia constituinte, que nada mais são do que os representantes indiretos do povo, no difuso, muitas vezes, o seu exercício se efetiva por meio de decisões judiciais,⁴¹⁰ especificamente, pelos membros das Cortes Constitucionais. Os juízes desses tribunais não são representantes indiretos do povo, não foram eleitos por ele para defenderem os seus interesses em um determinado órgão, logo eles carecem de legitimidade popular e democrática.

Além da ilegitimidade democrática, a segunda incompatibilidade refere-se a sua não limitação, pois diferentemente do originário, o difuso pode sofrer limitações, oriundas da mesma forma que ocorre com o exercício do poder derivado.

Não é verdade, portanto, que o difuso é ilimitado; pelo contrário, o difuso pode ser limitado. Ele pode ser invalidado pelo controle de constitucionalidade e pelo exercício do poder derivado.⁴¹¹ Sobre essas duas assertivas, é necessário ampliar o debate jurídico.

A primeira só é realmente um entrave num cenário no qual prevaleça a doutrina de que não existe o controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias.⁴¹² Isso porque, em caso de superação desse paradigma, verificar-se-ia a

⁴¹⁰ Não se está com isso afirmando que toda mutação, seja constitucional ou inconstitucional, é oriunda apenas do poder judiciário, mas sim que, independentemente da fonte da mutação, como o judiciário é o responsável pelo controle de constitucionalidade, ele terá, em regra, a função de controle da mutação operada, bem como a atribuição de afastar ou não determinada mutação do ordenamento jurídico.

⁴¹¹ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

⁴¹² Otto Bachof defendia a tese da existência de hierarquia entre normas constitucionais na sua obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admitiu a referida tese, conforme se verifica no julgamento da ADI 815/DF, em 28/03/1996, assim ementada: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de

mesma limitação que incide sobre o difuso, o controle de constitucionalidade, alcançando o originário.

A segunda limitação, a possibilidade de desconstrução pelo poder de revisão, também incide sobre o poder constituinte originário, ressalvadas apenas as cláusulas pétreas, pois toda Constituição que não seja imutável é passível de ser revista pelo poder derivado. Assim, num cenário composto por uma Constituição sem cláusula pétrea, o originário também poderia ser desconstruído totalmente pelo derivado, mas isso, por si só, não anularia a existência do poder constituinte originário.

De toda forma, incluir o poder difuso dentro do poder constituinte originário, ou seja, equipará-lo ao derivado, também gera incongruências intransponíveis, pois, se o poder difuso é limitado pelo originário, como explicar, num cenário no qual a Constituição prevê cláusulas pétreas, a existência de alterações informais, realizadas pelo poder difuso, abolindo cláusulas ou alterando-as de forma tendente a aboli-las? Como explicar o fato de o difuso não respeitar as limitações impostas pelo poder constituinte originário ao derivado?

Assim, apesar das dificuldades em enquadrar o poder constituinte difuso em determinada categoria, uma vez que a mutação constitucional se refere à alteração perene no mundo dos fatos, é forçoso concluir que, quando essas alterações contrariarem o texto da Constituição ou mesmo quando não o contrariarem, mas, ao invés disso, elas esvaziarem por completo o programa político normativo da Lei Fundamental ou o compromisso do constituinte, essas modificações terão ultrapassado o âmbito de atuação do poder constituinte derivado. Nesses casos, o poder constituinte difuso se caracteriza como uma forma de poder constituinte equivalente ao poder constituinte originário,⁴¹³ próximo a uma assembleia constituinte ou mesmo a uma revolução, pois se consolidará como fato consumado.

inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. Sobre o tema, cf. BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução de José Manuel Moreira Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994.

⁴¹³ Essas conclusões coincidem com as de Carlos Blanco de Moraes: “não sendo possível, deste modo, reconduzir a mutação a um *“poder constituinte difuso”*, haverá que conceder que certas formas extremas de mutação podem, em tese, assumir a forma de um poder constituinte difuso. Em situações em que uma alteração tácita do sentido da Constituição contrarie ostensivamente o programa político normativo da Lei Fundamental e o compromisso constituinte (como seria retirar a um órgão de soberania poderes que a Constituição expressamente lhe atribui e conferi-las a outro), e se a mesma alteração for mantida por jurisprudência reiterada, sem oposição das demais instituições soberanas, não será que existirá o risco de trânsito para uma nova Constituição, através de uma reiteração do poder constituinte?” MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

4.3 Mutação constitucional mediante a interpretação

A mutação constitucional por interpretação, como o próprio nome diz, acontece por meio de interpretação ou por meio da aplicação do direito. Em ambos os casos, pode ocorrer uma construção pelos órgãos políticos de um novo direito constitucional. Em face da extensão do conceito dado à interpretação, percebe-se a desnecessidade de adentrar o tema da *construction*, de forma pormenorizada, uma vez que, pela corrente adotada, a interpretação já atinge os atos que se caracterizariam como de construção do direito.

Nesse sentido, Milton Campos traz a questão da construção judicial, feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre julgamento *Marbury x Madison*, datado de 1803, que culminou com o nascimento do controle de constitucionalidade difuso.⁴¹⁴

No Brasil, um exemplo de construção judicial é a famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, que alargou o cabimento dessa ação judicial para toda garantia individual do cidadão, antes da criação do mandado de segurança. Essa modalidade de mutação se caracterizava pelos moldes elucidados por Anna Cândida da Cunha Ferraz:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.⁴¹⁵

A mutação por interpretação pode também abarcar a mutação constitucional oriunda do suprimimento de lacunas, uma vez que, muitas vezes, essas lacunas são preenchidas no âmbito da interpretação das normas, isso para aqueles que não diferenciam interpretação de aplicação.

⁴¹⁴ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, v. 187, n. 679/680, p. 18-22, jan./fev. 1960.

⁴¹⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.16.

Ocorre que, para entender essas alterações informais operadas pelo ato de interpretar, é necessário verificar se existe ou não uma resposta correta para determinado ato interpretativo e qual seria o método jurídico que permitiria atingir a interpretação verdadeira.

4.4 A verdade e o direito

Todo e qualquer método científico e jurídico é insuficiente para obter a verdade. Aceitar esse fato é importante para entender que a evolução interpretativa funciona como uma onda, indo e vindo, procurando uma verdade que, muitas vezes, é temporal e parcial. Ou seja, a sociedade evolui e regride, e os conceitos são alterados. As verdades parciais são construídas e destruídas, por isso o significado das coisas pode ser constantemente alterado, mas isso não quer dizer que as coisas sejam indeterminadas.

A teoria da complexidade de Morin pode ajudar a compreender essas incertezas na aplicação do método jurídico e como esse método sofre influência das demais ciências existentes, uma vez que, diante dos problemas complexos que as sociedades contemporâneas hoje enfrentam, apenas estudos de caráter inter-poli-transdisciplinar poderiam resultar em análises satisfatórias de tais complexidades: “afinal, de que serviriam todos os saberes parciais senão para formar uma configuração que responda a nossas expectativas, nossos desejos, nossas interrogações cognitivas?”⁴¹⁶

Não restam dúvidas de que a condição humana conduz a uma existência de incertezas. Morin destaca que a maior contribuição do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento e que a maior certeza que nos foi dada é a da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento.⁴¹⁷

A condição humana está marcada por duas grandes incertezas: incerteza cognitiva e a incerteza histórica e revela que há três tipos de incertezas no conhecimento: o primeiro é cerebral – o conhecimento nunca é um reflexo do real, mas sempre tradução e construção, isto é, comporta risco de erro; o segundo é físico – o conhecimento dos fatos sempre é tributário da

⁴¹⁶ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 8. Ed. São Palo: Bertrand Brasil, 2011, p. 59.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 59.

interpretação; o terceiro é epistemológico – decorre da crise dos fundamentos da certeza.⁴¹⁸

Embora o ensino, inclusive o ensino do direito, produza conhecimento, não há certezas absolutas, sempre haverá erros e ilusões. Ao analisar a história humana, verifica-se que as maiores certezas de uma época foram facilmente abandonadas pela geração seguinte, a humanidade caminha e muitas certezas vão ficando para trás. “O conhecimento nunca é um reflexo ou espelho da realidade. O conhecimento é sempre uma tradução, seguida de uma reconstrução.”⁴¹⁹ O grande problema disso é que, em toda tradução e reconstrução, há o risco de erro, e, como destacou Morin, às vezes, “o pior erro é pensar que a ideia é realidade”.⁴²⁰

Em face disso, Morin conclui que “conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza histórica, está ligado ao caráter intrinsecamente caótico da história humana”.⁴²¹ Nessa premissa, ele apropria-se da frase de Montaigne: “mais vale uma cabeça bem feita do que bem cheia”.⁴²² Morin explica que uma cabeça bem feita é apta a organizar, ligar os conhecimentos e lhes dar sentido.⁴²³

Morin observa, ainda, que todo conhecimento comporta, ao mesmo tempo, separação e ligação, análise e síntese e que nossa civilização privilegia a separação em detrimento da ligação e a análise em detrimento da síntese.⁴²⁴ Porém esse comportamento reducionista implica não conhecer, verdadeiramente, o objeto estudado, pois sempre se terão apenas visões parciais. Por isso, ele critica a hiperespecialização das profissões e do conhecimento, pois, ao segregá-los, obrigatoriamente, perde-se a capacidade de entendê-los.

Sendo todas as coisas causadas e causadoras, ajudadas e ajudantes, mediatas e imediatas e todas elas mantidas por um elo natural e insensível, que interliga as mais distantes e as mais diferentes, considero impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, assim como conhecer o todo sem conhecer, particularmente, as partes.⁴²⁵

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 24.

⁴²² *Ibidem*, p. 21.

⁴²³ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 8. Ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2011, p. 21.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 25.

A verdade ética implica a verdade lógica como ajuste do pensar com o ser. Nesse plano, a realidade há de se ajustar ao conhecimento, de forma a dirigir o trabalho, é constituída pelo bem, pelos valores éticos (bem, justiça, etc.), de acordo com o primeiro princípio da razão prática: “há que se fazer o bem e evitar o mal”.⁴²⁶

Porém o conceito de verdade aristotélico-tomista que impôs uma determinada metodologia e uma atitude por mais de dois milênios foi substituída, paulatinamente, pelo conceito de certeza, defendido por Newton, Kant e outros. Todavia, a partir do século XX, o conceito de certeza foi alterado pelo de probabilidade, em face dos ensinamentos de teóricos como Planck, Heisemberg e Einstein.⁴²⁷

Nesse novo paradigma, o objeto da ciência não é a verdade, tampouco a certeza, mas sim o conhecimento de probabilidade das relações causais. As leis científicas não são mais que leis probabilísticas, que vigem enquanto não forem refutadas e/ou afastadas por outras.⁴²⁸

A faculdade humana de conhecer é sempre limitada,⁴²⁹ ela encontra limites subjetivos e objetivos. O limite subjetivo é constituído pela própria faculdade da razão ou intelecto – limitada sempre – para conhecer, para entender a realidade. O limite objetivo encontra seu fundamento na resistência ou dificuldade que entranham as coisas para serem desvendadas pelo homem e serem entendidas pela razão.

Porém, uma vez que não há verdade absolutamente certa, o direito precisa ser construído diariamente pelos seus aplicadores, e essa é a grande dificuldade. Contudo, consciente de que não é possível atingir a verdade, Habermas defende a ideia de consenso.⁴³⁰

A ideia de consenso implica um acerto racional entre uma pluralidade de pessoas, alcançando, por meio da discussão, o diálogo. Esse acordo que supõe o

⁴²⁶ AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, 1-2, questão 94, artigo 2º. Disponível em: <<http://sumateologica.wordpress.com/download/>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

⁴²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 241.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 241.

⁴²⁹ Essa limitação da capacidade humana em conhecer e a impossibilidade de atingir a verdade absoluta nas atividades jurídicas também foi objeto de análise de Karl Larenz, que assim se manifestou sobre o tema: “toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do direito, encerra necessariamente a pretensão de ser uma interpretação correta, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe no entanto uma interpretação absolutamente correta, no sentido de que seja definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 379.

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 2001, p. 300.

consenso tem a significação, o valor do verdadeiro, mas ele não deve levar-nos ao extravio de pensar que a verdade é fruto do consenso.

A verdade não é nunca produto ou resultado do consenso, o consenso nunca pode ser fundamento da verdade. Mas bem sucede o contrário: o consenso se fundamenta na verdade e deriva da verdade descoberta e elucidada mediante o diálogo rigoroso e sereno. O consenso não cria a verdade, mas é ela que torna possível e fundamenta o consenso, porém essa verdade, como demonstrado, nunca é absoluta, mas sim parcial, momentânea e probabilística.

Dito isso, percebe-se que é na aplicação diária do direito, seja por meio da jurisprudência, da doutrina, da criação de leis, etc., que o direito dialoga com a sociedade e com ele mesmo. É por meio desse diálogo que é possível atingir a verdade, porém, para se construírem verdades, é preciso destruir incertezas e reconstruir novas certezas, repetindo esse processo por inúmeras vezes até que se obtenha uma verdade completa, porém sempre provisória. “Dessa forma, o caminho da ciência é sedimentado, igualmente, por erros, acertos, hipóteses comprovadas, teorias infirmadas, técnicas bem sucedidas e experiências malogradas”.⁴³¹

Esse ato de construção e de destruição, muitas vezes, é oriundo da via interpretativa, o que acarreta a alteração ou modificação de conceitos outrora consagrados na sociedade. Ocorre que, para tanto, é necessário se pautar em algum método científico, a fim de que a interpretação da norma não desague no “achismo”. Foge do escopo do presente trabalho analisar, profundamente, todos os métodos jurídicos existentes.

Todavia a Teoria da Argumentação Jurídica merece ser mais bem aprofundada, principalmente pelo fortalecimento da corrente neoconstitucionalista que a consagra como o principal método jurídico, pelo fato de abarcar todos os demais. De toda forma, necessário se faz analisar, ainda que superficialmente, os principais métodos jurídicos existentes.

4.5 Métodos jurídicos clássicos

O método jurídico clássico parte da consideração de que interpretar uma Constituição é interpretar uma lei (tese da identidade). Ele parte dos métodos da

⁴³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 241.

hermenêutica clássica desenvolvida pela escola histórica de Savigny. Assim, para desvendar o sentido da norma constitucional, devem-se utilizar os elementos interpretativos: 1) filológico (literal, gramatical ou textual); 2) lógico (sistemático); 3) histórico e 4) teleológico.

A interpretação literal busca aferir o significado literal da norma jurídica por meio de uma interpretação que leve em consideração o exame das palavras e das regras gramaticais vigentes.

A interpretação sistemática consiste no propósito de resolver eventuais conflitos de normas jurídicas, examinando-as sob a óptica de sua localização dentro do direito que tutela. Com esse método, deve-se interpretar a norma constitucional, vendo-a como um todo lógico e harmônico. Destarte, “a interpretação da Constituição deve ser feita de modo a se permitir que as normas constitucionais sejam compatíveis entre si”.⁴³²

O método histórico é aquele no qual o intérprete busca o conhecimento evolutivo (histórico) da sociedade à época em que se originou a lei e da linguagem utilizada na redação do texto legal, de modo a chegar à essência do dispositivo normativo, o verdadeiro significado da lei.

A interpretação sociológica ou teleológica busca interpretar as leis com vista a sua melhor aplicação na sociedade. Esse tipo de interpretação, no dizer de Zimmermann,⁴³³ “permite a alteração da *ratio legis*, possibilitando ao intérprete conferir um novo sentido à norma, contrapondo-se ao seu sentido original e otimizando o cumprimento da sua finalidade”. Esse conceito apontado por Zimmermann se aproxima em muito da definição mais difundida do que é o instituto da mutação constitucional. Não sem razão, a interpretação, como demonstrado, pode ser uma fonte de mutações constitucionais.

Quanto mais métodos forem aplicados no exercício da interpretação, melhor resultado será obtido pelo intérprete. É importante salientar que não há hierarquia em relação aos métodos interpretativos e um não exclui o outro, há inclusive quem afirme que não existem várias espécies de interpretação, mas uma interpretação única, que combina vários meios de interpretação.⁴³⁴ Porém a regra de ouro da interpretação das normas jurídicas, no ordenamento jurídico brasileiro, consta expressa no artigo 5º da

⁴³² ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 146.

⁴³³ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 146.

⁴³⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio, 1963, p. 26.

Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”⁴³⁵

Nos próximos tópicos, serão apresentados os métodos jurídicos da nova hermenêutica. Esses métodos não excluem os métodos clássicos, mas alteram a sua forma de abordagem. Os métodos jurídicos clássicos continuam sendo ferramentas úteis a serem usadas dentro de cada escola.

4.5.1 O método tópico-problemático

O método tópico-problemático de interpretação constitucional tem por pressupostos: 1) que a Constituição é um sistema aberto de normas, o que significa dizer que cada uma das normas constitucionais admite interpretações distintas, que podem variar no tempo; 2) que um problema é uma questão que admite, também, respostas distintas; 3) que a tópica é uma técnica de pensar a partir do problema.

Inegável, para os defensores desse método, que a hermenêutica clássica (que busca a verdade inerente ao texto da lei – *mens legis* ou *mens legislatoris*) não é capaz de lidar com essa nova visão da Constituição – dotada de estruturas abertas, que exigem soluções direcionadas a problemas específicos.

Esse método, segundo Canotilho, reconduz a um “processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através do qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto”.⁴³⁶

O intérprete deve, primeiramente, analisar o problema e extrair deste os pontos-chave (seus principais aspectos). Com base nesses aspectos, deve buscar a norma aplicável e ver qual (ou quais) das interpretações possíveis, extraídas do programa normativo abarcado por aquela, melhor se adequa (ou se adequam) ao problema. Deve fazer isso de forma justificada, demonstrando que o referido programa-normativo da norma a ser concretizada contém a valoração e a ordenação de elementos aptos a solucionarem o problema.

Canotilho critica essa forma de pensar, uma vez que a concretização do texto constitucional a partir dos *topói* “pode conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para o problema”.⁴³⁷

⁴³⁵ Art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de Setembro de 1942.

⁴³⁶ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 219.

4.5.2 O método hermenêutico-concretizador

Esse método se assemelha ao tópico-problemático no ponto em que também considera que o intérprete deve exercer uma atividade concretizadora ("reconstruir" o Direito no caso prático, a partir de um procedimento argumentativo e racional, ao invés de procurar um sentido "inerente" à norma). Porém, como observa Canotilho, diferencia-se daquele, porque, enquanto a tópica "pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma",⁴³⁸ o método hermenêutico concretizador "assenta no pressuposto do primado do texto constitucional".⁴³⁹

O método hermenêutico compreende que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela compreensão de sentido pelo intérprete/aplicador, a quem compete concretizar a norma.

Incorpora-se aqui o conceito de círculo-hermenêutico, resultante desse movimento de ir-e-vir ocorrido no diálogo entre o intérprete e a norma. A ideia básica aqui é a de que a totalidade de uma lei, ou código, ou a Constituição, só pode ser compreendida a partir da compreensão de suas partes (artigos, títulos). Da mesma forma, as partes também só podem ser compreendidas se houver a compreensão do todo, uma vez que a parte entendida fora do contexto do conjunto textual leva a uma interpretação equivocada.

A interpretação, para os concretistas, qualifica-se como concretização e a concretização em interpretação. Paulo Bonavides questiona: mas interpretação do quê? E responde: da norma. Nesse momento, é importante frisar o conceito de norma para os concretistas. Paulo Bonavides esclarece que Frederick Müller "compreende a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto".⁴⁴⁰

4.5.3 O método científico-espiritual

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 220.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 220.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁴⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 498.

Para os adeptos deste método, capitaneados por Rudolf Smend, a Constituição deve ser vista como um instrumento de integração em sentido jurídico-formal, político e sociológico.

O direito constitucional, por sua vez, é visto como a positivação da realidade espiritual da sociedade. Como essa realidade espiritual é dinâmica e se renova continuamente, também assim deve ser vista a Constituição que, ao final, é instrumento de regulação daquela realidade. Constituição, Estado e Direito são fenômenos culturais que dependem de integração recíproca para se verem realizados na prática.

Por essas razões, a própria natureza das normas constitucionais, como explica Canotilho,⁴⁴¹ exige que sua interpretação seja flexível, aberta, extensiva, independentemente de qualquer ordenação expressa nesse sentido. O intérprete deve buscar os valores intrínsecos à norma constitucional (seu conteúdo axiológico), tendo sempre em consideração que aquelas normas foram cunhadas para servirem de instrumento de regulação de conflitos e de construção e preservação da unidade social.

4.5.4 O método normativo-estruturante

A premissa básica deste método é a de que existe uma vinculação estreita entre o programa normativo e o âmbito normativo, ou seja, entre o comando do texto e os fatos que ele pretende regular. Ainda aqui se entende que um caso concreto não é regulamentado pelo teor literal de uma norma constitucional. Os postulados básicos desta metódica são enumerados por Canotilho:⁴⁴²

O método normativo-estruturante se aproxima da tópica, no sentido de que ele liga-se à resolução de problemas práticos, porém se afasta dela, ao entender que a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, “com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas”.⁴⁴³ O método normativo-estruturante desvincula norma de texto normativo. O texto normativo é apenas a “parte descoberta de um iceberg normativo (MULLER) correspondendo, em geral, ao

⁴⁴¹ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 221.

⁴⁴² CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 221.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 221.

programa normativo.” A norma não compreende apenas o texto, abrange um “domínio normativo”,⁴⁴⁴ isto é, uma parte da realidade social.

Claro fica, pois, a diferenciação que os cultores deste método fazem entre norma e texto da norma. Aquela é bem mais ampla, por abarcar os fatos contidos no âmbito normativo e não dedutíveis do programa normativo. Dessa forma, essa metódica abandona os antigos métodos e critérios de interpretação – que aprisionavam o aplicador do direito à estrita literalidade da lei – para adotar pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas. Veja-se que, para os adeptos desta corrente, a mutação constitucional, como alteração do sentido do texto, ou seja, da norma, sem mudança do texto, mas em virtude de modificações da realidade social, em nada a diferencia da atividade interpretativa. Logo a mutação se configuraria nos casos em que a norma já interpretada recebesse um novo sentido, em face da nova interpretação, e acarretasse a concretização de uma nova norma.

4.5.5 A teoria da argumentação jurídica

Uma vez que o direito nada mais é que uma ciência social, plenamente influenciada pela história da humanidade, não tem como não ser influenciado pelo “caldo” no qual está imerso. Percebe-se, assim, a necessidade de construção do direito, mediante a análise do todo e, ao mesmo tempo, da parte. Porém, uma vez que não há verdade absoluta, o direito precisa ser construído diariamente pelos seus aplicadores. Essa construção/desconstrução do direito pode ser facilitada ao se aplicar a teoria da argumentação.

A Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) representa uma metalinguagem cuja linguagem-alvo é a argumentação jurídica dos juristas. Argumentar significa justificar, fundamentar algo, significa expor premissas de uma inferência prática, de um raciocínio cuja conclusão é uma norma. Assim, pelo fato de se iniciar de uma inferência prática, é importante que a sua conclusão apresente um caráter normativo.

A teoria da argumentação se inicia com o resgate da retórica, que foi incorporada à filosofia do direito. A tradição norte-americana do *common law*, em face

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 220.

da teoria dos precedentes, privilegiou a argumentação e a tópica, ainda que de forma simples, pois eram advindas apenas da análise de casos concretos.⁴⁴⁵

A teoria da argumentação trabalha com uma lógica diferenciada, pois pode ser verificada a partir da coerência dos argumentos trazidos. Os principais modelos de argumentação jurídica são: as dimensões da estrutura material argumentativa (de Perelman), a estrutura procedimental argumentativa (de Alexy) e o desenvolvimento da argumentação no plano prático-forense de resolução de casos difíceis e trágicos (de Atienza).⁴⁴⁶

Damos o nome de argumentação ao conjunto das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses que se apresentam ao seu assentimento; sendo o termo tradicional demonstração reservado aos meios de prova que possibilitam concluir, a partir das verdades certas proposições, pelas de outras proposições, ou ainda no terreno da lógica formal, passar com ajuda de regras definidas de transformação, de certas teses de um sistema a outras do mesmo sistema.

Enquanto a demonstração, em sua forma mais perfeita, é uma série de estruturas e de formas cujo desenvolvimento não poderia ser recusado, a argumentação tem uma natureza não coercitiva: deixa ao ouvinte a hesitação, a dúvida, a liberdade de escolha; mesmo quando propõe soluções racionais, não há uma vencedora infalível.⁴⁴⁷

Percebe-se, assim, que, na visão de Perelman e Olbrechts-Tyteca, a argumentação é vista como instrumento de persuasão, ela trabalha com o convencimento. A argumentação é voltada para o convencimento de um auditório específico. Porém, para Moreira, no convencimento prepondera o argumento verdadeiro, não qualquer argumento, assim, a argumentação estaria preocupada também com a ética. Nesse momento, entrelaçam-se o direito com a moral.⁴⁴⁸ Essa afirmação de Moreira não parece acertada, já que a TAJ não se preocupa com a ética nem com a moral, apenas com a fundamentação. Em suma, existiria a TAJ mesmo que o aplicador do direito não se preocupasse com a ética. Sobre os argumentos contrários à

⁴⁴⁵ É nessa compreensão que surge o interesse pelo enfoque argumentativo, antes de tudo como forma de pensar o Direito, pautando em outros vértices que não aqueles tradicionais. A argumentação jurídica, como método de justificativa da decisão sobre o caso concreto, bem como construção de hipóteses favoráveis e desfavoráveis de um caso, deve ser vista como uma das propostas a ser seguida, por poder apresentar resultados diversos daqueles apresentados pela lógica jurídica tradicional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 164.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁴⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação e retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 370.

⁴⁴⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 165.

preponderância do argumento verdadeiro pela Taj, defendida por Moreira, remeta-se o leitor ao tópico 3.3.1 A verdade e o direito.

A teoria da argumentação é vista, dessa forma, como teoria geral de discursos de convencimento, preocupada com as relações pragmáticas entre orador, discurso e auditório.

A Teoria da Estrutura Procedimental Argumentativista, de Alexy, foi extremamente influenciada pela Teoria Discursiva de Habermas. Alexy incorpora em sua teoria a importância da integração discursiva dos sujeitos participantes do processo de construção do direito.

Para Habermas, democracia e discurso aparecem como os dois lados de uma mesma moeda. À medida que o princípio do discurso é institucionalizado juridicamente, ele se transforma em princípio de democracia; porém tanto o princípio do discurso quanto o princípio da democracia são legitimados pelo poder comunicativo dos cidadãos. É justamente pela institucionalização de um sistema de direitos que garanta a cada um chances iguais de participação num processo de normatização jurídica que será assegurada a formação política racional da opinião e da vontade.⁴⁴⁹

O discurso prático especial analisa questões jurídicas sujeitas à interpretação por meio da dogmática constitucional, dos princípios, da jurisprudência e das leis, ou seja, de tudo aquilo que se debate no campo do direito. Alexy percebe que o discurso jurídico segue o mesmo padrão do discurso prático geral, porém com uma pretensão de correção (a exemplo da justiça buscada nas decisões), mas isso se faz dentro de determinadas condições e limitações.⁴⁵⁰

Alexy elabora seis postulados, também chamados “código da razão prática”, que seriam supostas regras procedimentais.⁴⁵¹ São elas:

1. não contradição do discurso ou na exigência de coerência;
2. clareza linguística conceitual;
3. regras que verificam a verdade dos argumentos e premissas trazidas;
4. a forma de argumentos trazidos pelo exercício da ponderação de direitos fundamentais;
5. a decisão jurídica deve-se basear em pelo menos uma norma da Constituição;

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 2001, p. 302.

⁴⁵⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 172.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 187 *et seq.*

6. as regras sujeitas à análise do emprego moral das convicções – este tópico representa o debate em torno da moral, especificamente, de como argumentar em casos em que estão presentes convicções morais.

Além disso, Alexy restringe a utilização do princípio ou postulado da proporcionalidade. Assim, o intérprete não é plenamente livre na sua utilização, não basta apenas a mera argumentação para se efetivar a ponderação para um ou outro lado. Com a finalidade de expor em detalhes a racionalidade da ponderação, Alexy empenhou-se na elaboração da “fórmula da ponderação”, também chamada de “fórmula peso”, uma tentativa clara de aumentar a cientificidade da operação da ponderação. Dessa forma, o juiz deve observar a seguinte fórmula matemática, por ele descrita e explicada:

$$G_{pi,j}C = \frac{I_{Pi}C}{W_{Pj}C}$$

Onde,

G é o peso final, I é o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental, W é a importância do direito fundamental justificador da intervenção, C é a circunstância fática e jurídica, Pi é um direito fundamental, Pj é outro direito fundamental.

Sendo que os pesos atribuídos às variáveis são os seguintes:

2º = 1 é considerado peso leve

2¹ = 2 é considerado peso médio

2² = 4 é considerado peso grave

Então, considerando que dois princípios estão em colisão:

Se o resultado for maior que 1, o direito fundamental Pi precede Pj, conforme a ordem em G_{pi,j}C.

Se menor, inverte-se a ordem em G_{pi,j}C para G_{pj,i}C, o que quer dizer que o direito precedente será Pj e não Pi.⁴⁵²

Contudo, não se pode olvidar que o cálculo não passa de uma metáfora de peso, isto é, ele se torna desnecessário, pois basta saber em qual categoria se enquadra o direito fundamental analisado, leve, médio ou grave, para, de antemão, ter conhecimento do resultado final da fórmula empregada. Esse fato deixa claro que Alexy não se desvinculou da forma sensitiva para chegar ao peso da intervenção e à importância dos direitos fundamentais. A cientificidade almejada ainda encontra óbice na subjetividade do intérprete, que pode livremente enquadrar o direito fundamental em qualquer uma das espécies acima, predeterminando, assim, o resultado da operação.

Manuel Atienza tem uma visão transdisciplinar da filosofia do direito, por meio das práticas jurídicas da argumentação. Com isso, ele concebe que, na prática

⁴⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 134.

forense, é necessário argumentar, e a justificação do direito se revela pelo comportamento humano prático, não se limitando à norma e à linguagem. Esse autor visualiza três aplicações para a teoria da argumentação, uma no âmbito legislativo (produção da norma), outra na fase judicial, sobretudo da decisão do caso concreto (aplicação da norma), uma vez que deve ser justificada e, por fim, o terceiro uso, que advém da metodologia jurídica, que busca critérios, metodologia e parâmetros no desenvolvimento do direito (dogmática jurídica).⁴⁵³

É justamente o enfoque metodológico que interessa neste momento. O que Atienza trouxe de inovador foi a forma de estruturação do direito, pois o direito, que tradicionalmente era estruturado como fato e norma e, posteriormente, foi revisto para fato, norma e valor, passa a ser estruturado por Atienza como fato, norma, valor e argumentação jurídica. Essa formatação tetradimensional do direito é equacionada para solucionar os casos trágicos e difíceis.

No final de sua teoria, Atienza conecta a argumentação material, a argumentação da estrutura lógica e a argumentação procedimental para conceber esse quarto elemento do direito. A argumentação formal se caracteriza não apenas pelo aspecto dedutivo, mas revela uma prática social. Para esse autor, a lógica formal (dedutiva) preocupa-se com a correção formal dos argumentos apresentados. Em suma, a lógica formal apenas permite verificar se a regra de inferência é correta, pode-se não aceitar a conclusão. Ou seja, apenas é possível verificar as características formais do argumento, não sendo possível refletir sobre a riqueza da linguagem cotidiana.

A concepção material se concentra no conteúdo. Não permite silogismos, pois está comprometida com a verdade do seu conteúdo. Deve-se comprometer com a validade de que os argumentos não dedutivos, apesar de não seguirem as regras da lógica formal, constituem bons argumentos.⁴⁵⁴ Aqui se crê que bons argumentos conduzem à verdade.

A concepção pragmática, segundo Atienza, oferece à atividade argumentativa o seu sentido social. Como Atienza visualiza a linguagem em sua concepção moderna de atividade, não como mero conjunto de signos, ele inclui essa concepção no âmbito da retórica, tópico já explorado na explicação da teoria de Perelman.

⁴⁵³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 171.

⁴⁵⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 172.

Por fim, Atienza defende que o ensino pela perspectiva tetradimensional da argumentação faz com que o direito se aproxime da realidade, que já esteve mais distante quando a argumentação não era correlacionada ao direito.⁴⁵⁵ Nessa vertente, a realidade atualiza o direito, logo aqui também há uma aproximação entre os institutos da interpretação e da mutação constitucional.

Percebe-se, assim, que a TAJ sofre grandes influências do realismo americano e pretende solucionar os casos trágicos por meio da ponderação, seja ela realizada no âmbito dos princípios, seja essa antinomia encontrada entre princípios e regras. Esse fato ressalta uma fragilidade da TAJ, o seu calcanhar de Aquiles, pois resta a seguinte dúvida: quais são os limites do subjetivismo? O direito não pode deixar que a subjetividade prepondere, a ponto de poder afastar a sua cientificidade e tornar-se a arte do “decisionismo”, ficando a sociedade refém do judiciário, fato esse que permitiria um ativismo judicial exacerbado, o que feriria, automaticamente, a separação dos poderes e o equilíbrio da balança. Ao final, o que se percebe é que a TAJ está longe de ser uma teoria normativa que indica como os juízes devem decidir, mas se refere apenas a um conglomerado de todos os métodos jurídicos existentes. Nesse sentido, não há maiores diferenças entre a TAJ e o dever de fundamentar uma decisão.⁴⁵⁶

Além disso, as questões aqui levantadas permitem instaurar a seguinte dúvida: qual é o limite do direito? É possível um positivismo consertado que incorpore, parcialmente, a moral como parâmetro de decisão ou mesmo um neoconstitucionalismo que não desagüe numa ditadura judicial? Em suma, qual é o limite da subjetividade?

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁵⁶ Crítica mais contundente ao neoconstitucionalismo e inderetamente à TAJ é feito por Jorge Galvão: “O neoconstitucionalismo, contudo, em sua ânsia de reconstruir a teoria jurídica com fundamento em novos valores, relega a legalidade a segundo plano, passando a se importar primariamente com a substância das decisões. Tomando por base casos nos quais a sociedade viu-se transformada pelo direito, como o *Brown vs. Board Education*, essa doutrina elabora um arsenal teórico que possibilita reproduzir as mesmas condições que desencadearam a emancipação social nesses casos simbólicos em todos os casos judiciais. Foca-se em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem revoluções sociais independente da política majoritária, o que, obviamente, só é possível se o Poder Judiciário não estiver subordinado às opções legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional totalizante, que influencia o modo de ver de todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para tanto já são conhecidos: princípios, valores, fins, ponderação, direitos fundamentais, etc. Esse passo faz com que o neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do estado de direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas, e, por outro, deixa a atividade jurisdicional menos previsível”. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, 2012, p. 201. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Não restam dúvidas de que a subjetividade é admitida no direito e faz parte do mundo jurídico. Porém como mensurar essa subjetividade? Se esse equilíbrio for impossível, não seria melhor voltar às raízes do positivismo kelseniano e afastar a moral do direito em busca da segurança jurídica? Ou seria melhor avançar até um pós-positivismo exacerbado, a fim de atingir a justiça plena, porém, correndo o risco de decisões com uma subjetividade excessiva, o que acarretaria insegurança jurídica e, no final, também injustiça, sem falar no risco de retroceder para “o Estado sou eu”, de Luis XIV.

Outras dúvidas surgem, sendo que uma das que mais interessam neste trabalho é: se hoje se admite uma subjetividade no direito, advinda da interpretação, qual é o limite dessa subjetividade? Se a resposta for o texto, o que é o texto? Há consenso em se falar que a norma é o texto interpretado. Se a norma é composta pelo texto e pela interpretação, como explicar o fato de um item ser elemento de um conjunto e limite desse mesmo conjunto, ao mesmo tempo? A exceção ocorreria no conjunto unitário, pois a inclusão de um novo elemento acabaria com a unicidade. Porém, se o conjunto possui mais de um elemento, um elemento não pode ser simplesmente o limite do outro elemento que também compõe o conjunto.

Por essa razão, a simples assertiva de que o texto é o limite da interpretação precisa ser mais bem analisada, a fim de evitar a retroalimentação do problema com a mesma resposta, atuando em lógica circular, na qual a resposta para uma indagação é outra indagação, e a resposta da segunda é a primeira, e assim sucessivamente.

4.6 A interpretação literal como ponto de partida não como de chegada

Toda vez que se alega, sem o devido aprofundamento, que o texto, no aspecto lexical ou semântico, é o limite da mutação constitucional, corre-se o risco de eleger o texto como ponto de partida e chegada do processo interpretativo, pois, usualmente, é no texto que o intérprete realiza o seu primeiro contato com a matéria. Ao ler um artigo sobre determinado tema, inicia-se o processo de interpretação. Nesse momento, ocorre um silogismo no qual o fato é subsumido às normas, para aqueles que ainda acreditam no método subsuntivo. Esse ponto é interessante, uma vez que não se está defendendo que a interpretação literal é o limite da mutação, pois isso afastaria qualquer capacidade cognitiva do juiz que extrapolasse os dizeres do artigo. Nesse caso,

o texto, necessariamente, deve ser visto como algo mais amplo do que a leitura de um único artigo, caso contrário, como conciliar o método literal com o sistemático?

A ampliação do sentido do signo original de um determinado texto é uma técnica válida de interpretação, como ocorreu com o conceito de casa. O art. 5º⁴⁵⁷ da Constituição brasileira descreve que a casa é um asilo inviolável. Não há dúvidas sobre o conceito atual e lexical de “casa” na sociedade brasileira. Casa, popularmente, não se confunde com barraca, mas, ainda assim, o STF⁴⁵⁸ estendeu as garantias que a Constituição dá para a casa às barracas. Da mesma forma, fê-lo com a imunidade sobre os livros, jornais e periódicos.⁴⁵⁹ O conceito de livros, jornais e periódicos, tanto no dicionário quanto o vigente na sociedade atual, não alberga os catálogos telefônicos. Porém, da mesma forma, a imunidade incidente sobre os livros, por força da interpretação dada pelo STF⁴⁶⁰ ao artigo, também recai sobre tais catálogos.

Vários outros exemplos poderiam ser utilizados para demonstrar que a interpretação literal é o processo inicial da hermenêutica jurídica. Fato é que nem mesmo o mais ferrenho dos positivistas oitocentistas interpretaria literalmente a seguinte norma de uma estação ferroviária: “É proibido cães”. Não restam dúvidas de que a presente norma permite exceções, por exemplo, o cão-guia.⁴⁶¹ Essa norma restritiva precisa ser colocada em um contexto no qual os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão dos deficientes estão contidos, logo não é que o cão-guia

⁴⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, no RHC 90.376, afirma que o termo casa deve ser interpretado com elasticidade: “para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007)”.

⁴⁵⁹ Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁶⁰ Recursos Extraordinários 101.441-5 e 111.960, STF.

⁴⁶¹ Essa assertiva foi feita antes de o policial militar do Estado de Santa Catarina ameaçar prender uma cega por passear na praia com o seu cão-guia, em face da vedação expressa de cães na praia. É claro que a PM/SC pediu desculpas para a sociedade e para cega pela conduta do soldado. Matéria disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/28/banhista-chama-policia-contra-caoguia-em-praia-de-sc-e-pm-ameaca-prender-professora-cega.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

não seja um cão, mas sim que a norma foi alterada pela via da interpretação, ou melhor, foi excepcionada por essa via.⁴⁶²

Ainda no exemplo da estação ferroviária, outras interpretações seriam possíveis, como a restrição de outros animais diferentes dos cães na mesma estação. No direito administrativo, vige o princípio de que a administração só pode fazer aquilo que a lei permite, enquanto o administrado pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Suponha-se que um usuário do transporte ferroviário, dono de um circo, resolvesse transportar consigo o seu urso de estimação e sendo-lhe negado embarcar com o animal ajuizasse um mandado de segurança em face do ato da autoridade administrativa que limitou o seu direito. É claro que, pela interpretação literal, o mandado de segurança seria procedente, uma vez que não há norma vedando o acesso dos ursos nas estações ferroviárias e ainda o signo “cão” não se confunde com o signo “urso”, logo qualquer extensão seria vedada, sob pena de se contrariar o limite objetivo do texto. Não resta dúvida de que essa interpretação não é coerente nem com a intenção do legislador nem com a interpretação teleológica da própria norma, pois o objetivo dela de proteger os usuários do transporte público de animais ferozes não seria alcançado por meio de uma interpretação literal. Essa situação esdrúxula, porém, dificilmente seria prevista no texto.

Em suma, a interpretação literal não é um fim em si mesma, logo é difícil equilibrá-la como processo inicial da interpretação e, ao mesmo tempo, limite objetivo da mutação constitucional, uma vez que essa também ocorre pela via interpretativa. Não é sem razão que nesta tese se defende que há uma diferença entre o interpretar e o compreender, sendo que a interpretação literal, embora seja consagrada como método interpretativo e jurídico, na verdade não é um verdadeiro ato de interpretação, mas mera compreensão, uma vez que, para interpretar, é necessário inferir algo do texto, ou seja, a resposta não está pronta e acabada no texto. Se a resposta estiver no texto, o ato realizado é meramente compreensivo, logo a interpretação literal nada mais é do que mera compreensão do enunciado normativo. Esse tema será mais bem analisado no tópico 4.8.5.

⁴⁶² Sobre o tema, cf. a teoria da derrotabilidade ou defectibilidade: GUASTINI, Riccardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Tradução de Santiago Ortega Gomero. Lima: Ara, 2010, p. 58-61; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoría dos principios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124; FIGUEROA, Alfonso García. Neoliberalismo, derrotabilidad Y Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). *El Canon Neoliberalismo*. Madrid: Trotta, 2010, p. 185-207; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

O objetivo do presente tópico é apenas demonstrar que, quando se aponta o texto como limite objetivo à mutação constitucional, não está sendo dito que o texto é aquilo que se dispõe em um único artigo, muito menos que os demais métodos de interpretação devam ser afastados. É certo que as partes do texto, os artigos, precisam ser lidas de forma a completar o todo, ou seja, não é possível que os signos sejam livremente alterados ao bel-prazer do intérprete, sob pena de que o texto passe a comportar qualquer tipo de interpretação. Porém o conceito descrito em um único artigo precisa ser compatibilizado com a unidade de todo o texto. Essa unidade textual será nomeada, a partir de agora, de contexto, que, necessariamente, compõe qualquer texto.

4.7 A abertura do texto e o giro linguístico

É impossível estudar interpretação sem se referir, em algum momento, à hermenêutica, pois ambos os institutos estão de tal forma, umbilicalmente, ligados que, em determinados momentos, é muito difícil diferenciá-los.

A hermenêutica jurídica relaciona-se à busca do sentido da lei, por meio da aplicação de métodos e técnicas desenvolvidos pela metodologia jurídica. Em suma, a hermenêutica é a teoria científica da interpretação do direito.

Segundo Heidegger,⁴⁶³ hermenêutica deriva do grego *Hermeneuein*, que remete ao deus Hermes, o mensageiro dos deuses. Hermes tinha uma função de transmutação, ou seja, servia de ponte entre os seres humanos e os deuses do Olimpo. Hermes transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que fosse possível os humanos compreenderem. Todavia, durante esse processo de tradução, Hermes retirava um pouco daquilo que fora dito pelos Deuses e colocava um pouco de si. Nesse sentido, o processo de tradução, como manifestação do próprio fazer hermenêutico, comporta sempre, e inevitavelmente, uma atribuição de sentido.⁴⁶⁴

A dificuldade em diferenciar interpretação de hermenêutica foi ampliada, ainda segundo Heidegger, no momento em que os latinos passaram a identificá-la como sinônimo de interpretação. A palavra interpretação não traz a abertura dialética inerente ao fazer hermenêutico, uma vez que não há a identificação necessária com o criar, colocar e retirar significados de um determinado texto a ser interpretado. O termo

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 172.

interpretação, nessa vertente, permite ser compreendido apenas como um ajuste de intenção, como clarificação do sentido do objeto. Logo, nessa vertente, o cognitivismo ganha força, e a busca da vontade do legislador se impõe como o principal método interpretativo.⁴⁶⁵

Assim, a interpretação era vista apenas como a descoberta do sentido original daquele que emanou o texto a ser interpretado, logo a interpretação jurídica era reduzida à descoberta da vontade do legislador.

Essa forma de compreender a hermenêutica influenciou a maneira pela qual os intérpretes jurídicos aplicavam o direito posto, o que acarretou o surgimento das escolas clássicas de interpretação.

Atualmente, nos dias atuais, em face do reconhecimento da elasticidade do texto, o conceito de interpretação como mera intenção do legislador não mais se sustenta. Nesse cenário, há uma reaproximação de hermenêutica e interpretação, porém o termo interpretação passa a ser visto com a abertura dialética inerente ao fazer hermenêutico.

O conceito de textura aberta (*open texture*) foi empregado, pioneiramente, pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann.⁴⁶⁶ O filósofo ensinava que só era possível compreender o real significado de um texto a partir da aplicação de um determinado método.

A textura aberta da linguagem, na visão de Waismann, deve ser compreendida pelo fato de os conceitos empíricos não apresentarem uma definição exaustiva, existindo sempre a possibilidade de dúvida sobre o seu real significado. De acordo com ele, a maioria dos conceitos empíricos é essencialmente incompleto, o que impede a descrição do conjunto total de situações em que uma palavra se aplica ou não.⁴⁶⁷

Wittgenstein, por sua vez, explica a linguagem por meio do conceito de “jogo”. Assim como ocorre nos jogos, os fenômenos conhecidos como linguagem não possuem uma única característica comum que pode ser identificada em todas as suas

⁴⁶⁵ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. *A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=>>. Acesso em: 20 out. 2014.

⁴⁶⁶ STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero17/prodaca_d2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

⁴⁶⁷ STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero17/prodaca_d2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

instâncias, mas têm uma regra geral, e o jogador, ao observá-la, atua de inúmeras formas e possibilidades.⁴⁶⁸

Os equívocos de crer que cada palavra tem um significado correlacionado a um objeto da realidade, cuja essência é apreendida ao nomeá-lo, e que a conexão entre significado e palavra, linguagem e realidade é verdadeira, são abandonados no conjunto de textos.⁴⁶⁹

Antes de verificar se a interpretação é um ato de conhecimento ou de vontade, é necessário se perguntar se todo ato de compreensão é necessariamente precedido de um ato interpretativo. Pois, se isso for afastado, significa que existem teorias intermediárias entre as duas correntes.

Se toda compreensão demanda uma interpretação, o entender seria algo como ver uma imagem da qual todas as regras decorreriam ou uma imagem que tornaria todas as regras claras. Essa nova imagem esclarecedora nada mais é do que outro signo ou um cálculo que explicaria o signo anteriormente escrito. Essa foi exatamente a crítica que Wittgenstein fez ao pensamento de Frege.⁴⁷⁰

Wittgenstein aponta que, nessa linha de raciocínio, “pode-se dizer que o significado ultrapassa a linguagem; porque o que uma proposição significa é revelado por outra proposição”.^{471 472}

Wittgenstein esclarece que, às vezes, realmente os signos são interpretados, ou seja, é dada aos signos uma interpretação, mas isso não acontece sempre que se entende um signo.⁴⁷³ Assim, nem todo ato de compreensão exigiria um ato de

⁴⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica: Parte I, a proposição e seu sentido, Parte II sobre a lógica e a matemática*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 34-35.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁷⁰ “Frege diz mais ou menos isto: essas explicações triviais dos signos tornam-se supérfluas assim que entendemos os signos. Entender seria algo como ver uma imagem da qual todas as regras decorressem ou uma imagem que as tornasse todas claras. Mas Frege não parece perceber que tal imagem seria, ela própria, outro signo ou um cálculo que nos explicasse o signo escrito”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica: Parte I, a proposição e seu sentido, Parte II sobre a lógica e a matemática*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 33.

⁴⁷¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica: Parte I, a proposição e seu sentido, Parte II sobre a lógica e a matemática*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 33.

⁴⁷² Wittgenstein critica essa necessidade de que todo ato de entender demanda uma interpretação: “parece-nos como se, ao entender a ordem, acrescentássemos algo a ela, algo que preenche a lacuna entre comando e execução. De modo que, se alguém dissesse “você entende não? Então, não está incompleta”, poderíamos retrucar “sim, eu entendo mas apenas porque eu acrescento algo a ela, isto é, a interpretação.” – Mas o que faz você dar justamente essa interpretação? É a ordem? Nesse caso, já era isenta de ambiguidade, uma vez que exigiu essa interpretação. Ou você vinculou a interpretação arbitrariamente? Nesse caso, o que você entendeu não foi o comando, mas apenas o que fez dele”. *Ibidem*, p. 34.

⁴⁷³ Wittgenstein esclarece que uma interpretação é algo que incide sobre signos, todavia ele diferencia o saber como aplicar um signo de interpretação, pois, caso contrário, tudo vira interpretação. “Mas uma interpretação é algo que é dado em signos. É essa interpretação, em oposição a uma diferente (formulada

interpretação. "Se alguém me pergunta: 'que horas são?', não há nenhum processo de interpretação laboriosa; simplesmente reajo ao que vejo e ouço".⁴⁷⁴ "Da mesma forma, se alguém aponta uma faca em minha direção, não digo 'interpreto isso como uma ameaça'".⁴⁷⁵

Assim, é fácil perceber que, para Wittgenstein, há uma diferença entre o entender e a interpretação. O entender significa saber como o signo é usado e ser capaz de aplicá-lo. Por isso, Wittgenstein aproxima o entendimento da linguagem como as regras de um jogo⁴⁷⁶ ou seja, os jogadores, como já conhecem as regras, reagem naturalmente aos signos. Todavia, a interpretação estaria muito mais para a resolução de cálculo complexo.⁴⁷⁷

Para Hart, a textura aberta é o termo que expressa a possibilidade de imprecisão presente no conteúdo das leis, ou seja, por textura aberta se compreende que uma mesma norma pode significar mais de uma coisa.⁴⁷⁸

Um exemplo utilizado por Hart para elucidar o conceito de textura aberta é a placa de "Proibida a entrada de veículos no parque". A questão que Hart coloca é sobre a extensão da norma, se a vedação "entrada de veículos" abarcaria também os carrinhos de bebê, os patins, e as bicicletas. Há sempre uma penumbra de dúvida.

A textura aberta dos termos gerais que compõem as regras jurídicas torna impossível prever todas as situações em que uma regra deve ser aplicada ou não; essa imprevisibilidade gera um abalo na segurança jurídica, uma vez que os textos normativos sempre precisariam ser complementados a fim de iluminar aquela penumbra de dúvida permanente.⁴⁷⁹

Hart combate os argumentos realistas, demonstrando que o direito não é meramente aquilo que os juízes decidem, mas concorda que existem muitos casos nos

diferentemente). Assim, se disséssemos "qualquer sentença ainda precisa de uma interpretação", isso significaria: nenhuma sentença pode ser entendida sem algo que lhe dê carona". *Ibidem*, p. 34.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷⁶ "O entendimento da linguagem, como o de um jogo, assemelha-se a um pano de fundo contra o qual uma sentença particular adquire sentido. – Mas esse entendimento, o conhecimento da linguagem, não é um estado consciente que acompanha as sentenças de linguagem. Nem mesmo se uma das consequências for tal estado. É muito mais como o entendimento ou o domínio de um cálculo, algo como a capacidade de multiplicar". *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷⁷ "Quando uma pessoa interpreta ou entende um signo em um sentido ou outro, o que está fazendo é dar um passo em um cálculo (como uma operação). O que ela faz é, grosso modo, dá expressão à sua interpretação". *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷⁸ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 137-138.

quais os juízes interferem de forma significativa para o alcance do significado das regras jurídicas.⁴⁸⁰

O mencionado autor identifica os casos fáceis com os claros e os difíceis com os de penumbra. Nos casos claros, que se encontram no núcleo do significado das regras jurídicas, tudo o que o juiz tem de fazer para alcançar a solução jurídica válida é subsumir fatos particulares dentro dos termos gerais classificatórios da regra para se obter uma solução silogística. Nos casos de penumbra, em que as convenções linguísticas ainda não estão solidificadas, o juiz deve eleger um entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção e a interpretação, cujo papel é eliminar a indeterminação da regra para o caso em pauta.⁴⁸¹

O entendimento de Karl Larenz aproxima-se do de Hart e de Wittgenstein. Ele vê a interpretação como sinônimo de aplicação da norma, assim a interpretação não incide sobre todos os textos, mas apenas nos problemáticos.⁴⁸² Nesses casos, ela é uma ferramenta que auxilia na superação de um problema, com o intuito claro de se obter uma verdade transitória.

Interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz a compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade de norma precisamente a uma situação de fato dessa espécie (uma mesma expressão é usada em diferentes sentidos, conceitos jurídicos incompletos ou equívocos e muitos conceitos não estão definidos em lei).⁴⁸³

Karl Larenz visualiza ainda a necessidade de se socorrer a interpretação toda vez que “duas proposições jurídicas prescrevem para a mesma situação de fato duas consequências jurídicas que reciprocamente se excluem (antinomias)”.⁴⁸⁴ Embora o tema seja tratado como outra forma de incidência da interpretação, percebe-se, na prática, que se trata da mesma forma já prevista inicialmente, ou seja, a interpretação como forma de superação de problemas, atuando, especificamente, sobre a aplicação da norma.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 160.

⁴⁸² Para Karl Larenz interpretar é “um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de fato definitiva, enquanto enunciado, a partir da ‘situação de fato bruto’, atendendo as disposições jurídicas potencialmente aplicáveis”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

⁴⁸³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 441.

Em Gadamer, a análise heideggeriana da estrutura de antecipação da compreensão sobrevive na forma de uma reabilitação do pré-conceito. Não há, segundo Gadamer, uma compreensão livre de pré-conceitos, razão pela qual, a interpretação é um processo interminável de elaboração das nossas projeções de sentido. Ele concebe os pré-conceitos como fontes de inteligibilidade e condições da experiência do mundo. Gadamer propõe uma hermenêutica da integração, de acordo com a qual a compreensão envolve, por parte do intérprete, uma apropriação pessoal daquilo que é dito. Tal como para Heidegger, a interpretação, segundo Gadamer, não é subjetiva nem objetiva, mas sim projetiva.⁴⁸⁵

O sentido de um texto ultrapassa o seu autor não apenas ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão não é apenas um comportamento reprodutivo, mas sempre, também, um comportamento produtivo. Compreende-se de modo diferente, quando se compreende efetivamente.⁴⁸⁶

Nessa breve análise, sob a óptica de quatro importantes pensadores (Wittgenstein, Hart, Larenz e Gadamer), é possível perceber quão complexo é o tema. Embora esses pensadores em muito divirjam, todos eles têm um ponto em comum, qual seja, a afirmação de que a linguagem é um fenômeno complexo, no qual é possível que uma determinada estrutura textual possua diferentes significados. Porém tanto Wittgenstein como Hart reconhecem casos em que a interpretação é despicienda, tendo em vista a facilidade do caso. Essa corrente não é compartilhada por Gadamer, uma vez que para esse autor, o sentido é sempre algo em construção. Numa determinada escala, essa divergência serve de mote para adentrar a discussão da interpretação pela perspectiva dos formalistas versus a dos realistas.

O formalismo jurídico sustenta a plenitude hermética do sistema jurídico, da qual se obtém uma única resposta correta para todos os casos individuais. Parte do pressuposto de que não existem lacunas no direito.⁴⁸⁷

O realismo jurídico defende que se deve realizar uma interpretação empírica das atividades dos operadores do direito. Para os realistas, as regras jurídicas não desempenham papel crucial nas decisões jurídicas. Eles têm uma atitude cética em relação ao papel das regras no ordenamento jurídico; o direito é determinado e criado

⁴⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 412.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 414.

⁴⁸⁷ STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero17/prodacad2.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

pelos juízes. De forma consciente ou não, eles atacam o princípio da legalidade, que postula que as decisões jurídicas são decorrentes de regras objetivas e neutras.⁴⁸⁸

A concepção realista desconsidera os métodos jurídicos, uma vez que “a Constituição é aquilo que o juiz diz que é.”⁴⁸⁹ Assim, não interessa para essa corrente uma análise metodológica, uma vez que o método jurídico é incapaz de produzir uma resposta correta ou várias respostas corretas para o caso concreto. O perigo dessa corrente é transformar o direito em questão meramente subjetiva, na qual ele passe a ser um problema de gosto ou preferência.

É claro que entre os dois extremos existem inúmeros caminhos intermediários. Essas outras vias serão analisadas no decorrer deste capítulo, mas, de toda forma, as explicações iniciais são suficientes para se compreender, de forma global, o cenário no qual o problema da interpretação encontra-se imerso.

4.8 A procura pela resposta correta

É fato que existem inúmeros métodos jurídicos, e cada um desses caminhos pode levar a destinos diferentes. Se existem inúmeras possibilidades a ser percorridas e cada uma delas leva a uma solução diferente para a lide, a dúvida que emerge é: existe uma única resposta correta para solucionar um caso concreto? Se sim, como obtê-la, ou, em caso negativo, se existirem diversas respostas possíveis, como escolher a melhor?

Esse fato é de extrema importância ao tema mutação constitucional, pois, se só existe uma única resposta correta, isso quer dizer que toda vez que o intérprete final da norma escolher uma resposta errada e elegê-la como correta, estará diante de uma mutação na qual o texto não fora respeitado. *A contrario sensu*, se existem inúmeras respostas corretas, a opção por uma e, posteriormente, a adoção de outra interpretação pelo intérprete fará com que estejam preenchidos os requisitos para uma interpretação constitucional, pois o texto terá sido observado. Nesses casos, incluir essas

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ “Nós estamos sob uma Constituição, mas Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é a salvaguarda da nossa liberdade e da nossa propriedade sob essa mesma Constituição.” *Discurso do Chief Justice Charles Evan Hughes*. Disponível em: <<http://uniesp.provisorio.ws/revista/revista19/pdf/artigos/10.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

interpretações como exemplos de mutação constitucional faz com que não haja – ou caso haja, seja extremamente sutil – a diferença entre mutação e interpretação, pois ambas equivaleriam a escolhas discricionárias possíveis de serem tomadas pelo aplicador do direito. Logo a dificuldade, nesse último caso, passa a ser diferenciar mutação de mera superação de um determinado posicionamento, ou seja, nesse caso, a interpretação passa a confundir-se com o fenômeno da mutação constitucional.⁴⁹⁰

É claro que a superação de um entendimento anteriormente proferido por outro gera inúmeros outros problemas, uma vez que, se um tribunal interpretar a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, ele entrará em contradição com o postulado da justiça de que os casos iguais devem ser tratados de forma igual, assim como com a segurança jurídica a que a lei aspira.⁴⁹¹

Ressurge, neste momento, um segundo problema a ser enfrentado de forma mais aprofundada, pois o tema já foi analisado preliminarmente algumas linhas acima. Se é verdade que a interpretação se aplica tanto às normas claras quanto às normas obscuras e se ela tem o condão de alterar, por meio de transformações lentas e imperceptíveis, porém contínuas, o enunciado original, resta a dúvida se ainda haverá espaço para interpretação quando a norma não puder ser mais reinterpretada, ou melhor, se haverá interpretação ainda que a norma mantenha eternamente estanque o seu sentido. E isso desagua num dos maiores problemas filosóficos semânticos: há uma única interpretação correta ou inúmeras respostas são possíveis de serem obtidas por meio da interpretação? Em suma, existem “trilhos” que guiam a uma única interpretação ou a interpretação é totalmente aberta, ilimitada e sempre um objeto em construção?

4.8.1 Interpretação como ato de conhecimento

Uma questão que há muito tempo acompanha os estudiosos do tema é se todas as disposições são factíveis de serem interpretadas. O famoso brocardo *in claris cessat interpretatio* – lei clara não carece de interpretação –, famoso dogma axiomático que se contrapõe às lições de Ulpiano: *quamvis sit manifestissimum edictumproetoris*,

⁴⁹⁰ Essa mudança no ordenamento jurídico acarretada pela alteração de determinada interpretação pelos tribunais já foi objeto de análise de Karl Larenz, que assim se manifestou: “A cada nova interpretação de uma norma pelo tribunal, modifica a aplicação efetiva da norma, a prática da norma. Mas esta não é, em regra, a intenção do interprete. Ele quer tão-somente e apenas conhecer o que a norma, entendida corretamente no seu sentido, verdadeiramente diz”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 442.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 442.

attamen non est negligenda interpretatio ejus – “embora claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da interpretação respectiva”.⁴⁹²

Carlos Maximiliano defende que o brocardo *In claris cessat interpretatio* não tem origem em Roma, tendo em vista que Ulpiano ensinava justamente o contrário. Diz aquele autor que esse conceito é derivado dos ensinamentos de Paulo: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio* – “quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção”.⁴⁹³

A máxima de Paulo, segundo o Digesto, apenas se aplicaria às disposições testamentais, talvez em respeito, ainda que exacerbado, ao ato de última vontade, afastando, assim, a possibilidade de que seja alterada a essência da última vontade do testador, com o intuito de descobrir o verdadeiro sentido dos enunciados ali descritos. Em contrapartida, a máxima de Ulpiano era aplicada em Roma aos instrumentos com força normativa e aos editos pretórios.⁴⁹⁴

Assim, enquanto para a primeira linha de pensamento a interpretação não seria cabível para qualquer tipo de norma, mas apenas para aquelas que não fossem claras, a segunda corrente defende que qualquer norma pode ser interpretada.

Com o transcorrer dos anos, a máxima de Ulpiano foi sendo ampliada de tal forma, que terminou sendo distorcida pela escolástica ao reduzir a hermenêutica em casuismo, pois utilizava excessivamente os argumentos de autoridade, as *communis opinio doctorum*⁴⁹⁵ substituíam, frequentemente, os textos normativos, logo as glosas tomavam o lugar das leis.

O direito, assim, tinha sido restringido pelos glosadores mediáveis ao domínio dos retóricos e pedantes: *Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* – “verboso nas questões fáceis, silente nas difíceis, difuso nas questões estreitas ou sem importância” – como sentenciou duramente Cujácio.⁴⁹⁶

Houve uma forte repressão, pelos próprios escolásticos, a essa situação. Era necessário sistematizar as normas e limitar o campo de incidência da hermenêutica,

⁴⁹² Digesto, liv. 25, tit. 4. Frag. 1, § 11.

⁴⁹³ *Ibidem*, liv. 32, tit. 3. Frag. 25, 1.

⁴⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

⁴⁹⁵ 1) Opinião comum dos doutores, dos que sabem, dos especialistas; 2) Expressão usada como sinônimo de doutrina. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/communis-opinio-doctorum/communis-opinio-doctorum.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 28.

reacendendo, assim, a chama conservadora e fortalecendo o brocardo *In claris non fit interpretatio*.

Interpretar, para Carlos Maximiliano, é “determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”.⁴⁹⁷ Aparentemente, esse conceito de interpretação se aproxima do sentido de interpretar como entender. A interpretação é um ato de conhecimento, a lei predetermina o sentido da norma, bastando para o intérprete descobrir o real sentido do texto.

Existem duas correntes doutrinárias que classificam a interpretação como ato de conhecimento: a teoria cognitiva formalista e o novo cognitivismo contemporâneo.

A teoria cognitiva formalista é a teoria jurídica do iluminismo, para ela a interpretação é um ato de conhecimento que consiste em descobrir o verdadeiro significado objetivo dos textos normativos.

Nessa vertente, os enunciados interpretativos pertencem ao discurso cognoscível, de tal modo, podem ser verdadeiros ou falsos. Para todo texto existe uma, e uma apenas, interpretação verdadeira, sendo todas as demais falsas.⁴⁹⁸ Kelsen, por sua vez, defende que os enunciados jurídicos, por serem normativos, pertencem ao discurso descritivo, logo não podem ser interpretados sob o viés de verdadeiro ou falso, mas de válido e inválido.⁴⁹⁹

Um formalista acredita que a regra geral é apta para solucionar todas as situações existentes no mundo, ele crê na perfeição da norma, na possibilidade do legislador prever e regular a sociedade na minúcia das suas atividades. Assim, para um formalista típico, mesmo que a norma possua uma textura aberta, ainda assim, o critério da subsunção será suficiente para solucionar a lide. Dessa forma, a interpretação serve apenas para revelar a real vontade do legislador nos casos obscuros e lacunosos.

Fato é que a assertiva de que a interpretação só tem espaço em causa de normas obscuras e lacunosas adentrou o Brasil, segundo Maximiliano, por meio da obra de Francisco de Paula Batista, catedrático na Faculdade de Direito de Recife, que assim entendia:

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁹⁸ As críticas de Morin se encaixam perfeitamente nessa corrente, uma vez que, em toda tradução e reconstrução, há o risco de erro. Conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza histórica, isso por si só já é capaz de fragilizar o cognitivismo formalista, uma vez que para tudo não existe uma única resposta correta.

⁴⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armêdio Amado, 1998, p. 38.

*Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeito de sua redação, ou duvidosa, com relação aos fatos ocorrentes. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.*⁵⁰⁰

Sob esse enfoque, a interpretação é reduzida a um segundo plano e passa a ser vista como uma ferramenta para elucidar o verdadeiro sentido de normas obscuras ou defeituosa, logo as normas claras não necessitam desse instrumento, pois o texto é autoexplicativo. Essa forma de pensar sofreu influências de outras áreas do conhecimento, tal como a psicanálise. Freud, por exemplo, considerava que “interpretar significa encontrar um sentido oculto em algo”.⁵⁰¹

O brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, segundo os adeptos da teoria cética, não tem qualquer aplicabilidade, pois tanto as leis claras como as obscuras são aptas de serem interpretadas. Esse entendimento é defendido por inúmeros doutrinadores⁵⁰², mas, embora essa visão seja majoritária, a questão encontra-se longe de ser pacífica, já que doutrinadores como Anette Barnes, Andrei Marmor e Moore entendem que o brocardo ainda é aplicado.⁵⁰³

O cognitivismo contemporâneo não nega, mas sim ressalta a vagueza (*open texture*) da linguagem normativa, todavia a restringe aos casos difíceis, o que tem por consequência o fato de os casos claros serem resolvidos por mera subsunção de uma norma, pois, nesse caso, não há nenhum problema a ser resolvido. A interpretação em abstrato⁵⁰⁴ é uma simples questão de conhecimento, que pode ser facilmente solucionada com as regras convencionais da linguagem.

Todavia, quando um juiz está envolto em um caso difícil, ele, necessariamente, exercita o seu poder criativo. Quando um juiz decide um caso difícil, cumpre um ato de vontade: seu enunciado interpretativo não tem valor de verdade.

⁵⁰⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35.

⁵⁰¹ FREUD, Sigmund. *The complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*. Translated by James Strachey. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1966, p. 87.

⁵⁰² Cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 36 *et seq.*; MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 41 *et seq.*

⁵⁰³ Cf. BARNES, Annette. *On interpretation: a critical analysis*. Oxford: Basil Blackwell, 1988, cap. 2-3; MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Portland, OR: Hart Publishing, 2005, p. 21; MOORE, Michael S. A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review*, v. 58, 1985, p. 277-398.

⁵⁰⁴ A interpretação em abstrato é aqui utilizada como a identificação da norma expressa pelo enunciado normativo.

Assim, é fácil perceber que o cognitivismo contemporâneo é uma teoria mista, na qual prevalecem a teoria formalista para os casos fáceis e a cética para os difíceis.

Os críticos ao cognitivismo contemporâneo formulam as mesmas críticas que já faziam aos cognitivistas formalistas. Eles aduzem que os seus adeptos simplesmente desconhecem a vagueza da linguagem⁵⁰⁵ e a equivocidade da linguagem⁵⁰⁶ normativa, que também incide nos casos de interpretação em abstrato. Segundo eles, o cognitivismo contemporâneo compreende que os casos fáceis são sempre resolvidos pela aplicação de um único método jurídico, a interpretação literal, por isso, essa visão seria reducionista.

O fato é que, diferentemente dos cognitivistas formalistas, para os contemporâneos, o método jurídico não permite obter uma única resposta correta para os casos difíceis, mas sim uma pluralidade de respostas possíveis, entre as quais compete ao intérprete escolher uma, sendo que, nesses casos, o juiz cria o direito.

Essa corrente afasta a assertiva de que toda norma é o resultado da operação texto mais interpretação, pois as normas claras não seriam objeto dessa operação. Os que defendem que toda norma demanda interpretação afastam a existência de normas claras e entendem que toda norma tem uma penumbra obscura que dá margem à interpretação ou à reinterpretação.

Jandoli entende que, seja a norma nítida ou obscura, o que lhe possibilita elastério, alcance, dutibilidade é a interpretação. A fórmula original desdobra-se no tempo e no espaço, sendo objeto de transformações lentas, imperceptíveis, porém contínuas, da evolução.⁵⁰⁷ Em suma, nessa linha de raciocínio, a interpretação ocupa o papel central no direito, pois tudo passa a ser interpretação. Um argumento muito utilizado para defender esse ponto de vista é que o texto não se autointerpreta, demanda

⁵⁰⁵ “A vagueza (*open texture*) é uma propriedade objetiva da linguagem, e não apenas da linguagem jurídica: todos os predicados em sentido lógico – é dizer, todos os termos que denotam não um indivíduo (o senhor x, o acusado), e sim uma classe (como contrato) dividem esta propriedade. A vagueza não depende tanto das técnicas interpretativas ou da dogmática: a vagueza pode ser suprimida por meio de definições”. GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 36.

⁵⁰⁶ “A equivocidade dos textos normativos impõe distinguir entre os enunciados normativos formulados e as fontes do direito: 1) Muitos enunciados normativos são ambíguos: expressam alternativamente duas (ou mais) normas; 2) Muitos enunciados normativos (talvez todos os enunciados normativos) tem um conteúdo de sentido complexo: expressam e/ou implicam conjuntamente uma pluralidade de normas; e 3) Ademais, de acordo com o sentido comum dos juristas, todo sistema jurídico está repleto de normas ‘não expressas’, normas as quais não corresponde a algum enunciado normativo”. *Ibidem*, p. 39.

⁵⁰⁷ SABINO, Jandoli. *Sulla Teoria della Interpretazione delle Leggi con Speciale Riguardo alle Correnti Metodologiche*. In: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29.

uma atividade humana para ser compreendido, o que transforma tudo em texto e tudo em linguagem.

Michael S. Moore indaga: se tudo é interpretação, então “não correríamos o risco de ter transformado o instituto num jargão sem sentido ou em algo que funciona muito pouco para descoberta do real sentido da norma?”.⁵⁰⁸

A questão que esse autor levanta é se nesse “jargão” a interpretação não seria apenas uma forma de crítica cética sobre a ciência do direito, da crítica literária, da psicologia, da física ou de praticamente qualquer coisa. Para ele a interpretação, nessa linha de raciocínio, é “um conceito útil transformado num exemplo de retórica vazia”.⁵⁰⁹

Moore considera que é muito ambicioso afirmar que todo conhecimento é interpretativo e isso ocorre com frequência por meio de *slogans*, como “todo o mundo é um texto” ou “nada existe fora do texto”, e ainda, “toda compreensão exige os pré-conceitos da interpretação”.

Michael S. Moore reconhece que a interpretação desempenha algum papel na prestação jurisdicional, mas não é uma condição para a realização de qualquer julgamento jurídico, e o mote que está ao fundo disso é a assertiva que fundamenta esse novo papel dado à interpretação de que “as normas jurídicas nunca são claras”.

Se as normas jurídicas nunca são claras, esse fato, por si só, impossibilita pensar o direito como disciplina autônoma, pois, uma vez que as normas jurídicas não determinam os resultados da prestação jurisdicional, algo deve fazê-lo. O próprio Moore reconhece que poucos doutrinadores iriam tão longe ao ponto de celebrar uma imagem do direito como um recipiente vazio, à espera de ser preenchido por qualquer conteúdo que se despeje nele por meio da criação do direito pelos juízes.⁵¹⁰

Se os casos claros não precisam da interpretação, a grande dificuldade dessa linha de raciocínio passa a ser predeterminar o que é um caso claro. Hart ensina que as normas não podem afirmar os seus próprios exemplos, nem mesmo o seu âmbito de incidência. Além disso, as situações de fato não vêm rotuladas ou discriminadas como “caso simples”, descrevendo para o juiz a norma aplicável a elas. Em suma, as normas

⁵⁰⁸ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵¹⁰ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49.

não podem estipular sua própria aplicação e, mesmo no caso mais claro, compete ao ser humano aplicá-las.⁵¹¹

Por essa razão, Drucila Cornell defende que nenhum precedente pode determinar plenamente o resultado de um caso particular porque a própria norma está sempre no processo de reinterpretação no momento em que é aplicada.⁵¹² Assim, nesse entendimento, é a própria “interpretação que nos dá a norma, não o contrário”. Essa corrente de raciocínio foi nomeada como a “tese da indeterminação”.⁵¹³ Ela prossegue, afirmando que “recorrer ao que está além é inerente à interpretação jurídica”.⁵¹⁴

Isso, na opinião de Stone, significa que a interpretação torna política a decisão jurídica. Esta exige avaliação aberta dos méritos do caso porque o resultado nunca é inteiramente determinado pela norma jurídica.

Essa linha de raciocínio exige que qualquer ato de compreensão ou julgamento seja precedido da interpretação. Portanto, segundo Stone, a interpretação “torna-se um par de óculos colorindo tudo o que vemos. Tirar esses óculos seria fazer o mundo desaparecer ou, pelo menos, deixar sem forma as nossas práticas normativas”⁵¹⁵. A fim de demonstrar que nem todo ato normativo demanda uma atividade interpretativa, Stone esclarece o que é um caso difícil. Para ele:

1) um caso é difícil porque há dúvidas sobre o que as normas jurídicas relevantes exigem nas circunstâncias particulares; 2) há dúvidas sobre o que deve ser considerado sobre todas as circunstâncias. Um caso difícil em 01 pode (mas nem sempre) apresentar uma ocasião de interpretação. De modo similar, em 02 as normas podem ser perfeitamente claras, sendo que a questão é segui-la ou não.⁵¹⁶

A fim de elucidar as suas explicações, Stone utiliza o exemplo do motorista que atravessa um sinal vermelho para conseguir tratamento médico. Para ele, não há questões interpretativas a serem solucionadas nesse caso. Não há dúvidas sobre o significado da norma “sinal vermelho”. “Nesse caso, é claro que: a) pare no sinal

⁵¹¹ HART, Herbert L. A. *Problems of the Philosophy of Law*. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 106.

⁵¹² CORNELL, Drucilla L. The Philosophy of the Limit, Systems Theory and Feminist Legal Reform. *New England Law Review*, v. 26, 1992, p. 12.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 101-102.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p.102.

⁵¹⁵ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

⁵¹⁶ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

vermelho e b) pare no sinal vermelho exceto quando..., são normas jurídicas diferentes”.⁵¹⁷

Nem toda atividade descritiva é interpretativa, há diferença entre interpretação, por um lado e descrição e explicação, por outro. O interpretativista muito ambicioso não vê nenhuma diferença entre as duas porque tudo é interpretação. Simetricamente, o modelo comunicativo também não vê nenhuma diferença, mas nesse caso, porque a interpretação é apenas uma descrição de um fenômeno natural (uma intenção) e a explicação de outro fenômeno natural (a produção de um texto) como o produto causal dele. As duas visões reducionistas estão erradas. A interpretação é uma atividade distinta das atividades descritivas e explicativas características da ciência.⁵¹⁸

Assim, para Martin Stone, a interpretação cessa quando as questões são claras. Uma norma jurídica é clara ou determinada quando serve, na prática, para guiar o julgamento jurídico em uma série de casos comuns e, correlativamente, é indeterminada se há desacordo efetivo, não a mera possibilidade nocional de que o desacordo possa surgir.⁵¹⁹

4.8.2 Interpretação como ato de vontade – o ceticismo

Na linguagem em geral, ocorre um fenômeno corriqueiro, em que mesmo palavras e expressões unívocas assumem sentidos diversos daqueles normalmente atribuídos a determinado signo.

Os adeptos da interpretação como ato de vontade defendem que a clareza de um dispositivo não advém do seu texto, mas é resultado do processo nomeado de interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada.^{520 521}

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁵²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30.

⁵²¹ “O sentido de um texto ultrapassa o seu autor não apenas ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão não é apenas um comportamento reprodutivo, mas sempre, também, um comportamento produtivo. Compreende-se de modo diferente, quando se compreende efetivamente”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 81.

De acordo com Kelsen, a interpretação é um ato de vontade, pois é uma questão de decisão, tendo em vista que existem vários métodos interpretativos, sendo que nenhum deles tem preferência sobre os demais, pois é sempre possível uma variedade de soluções corretas para um determinado caso concreto.⁵²²

Os diferentes métodos de interpretação podem estabelecer distintos significados de uma mesma disposição. [...] O modo de ver segundo o qual a expressão literal de uma norma jurídica (enunciado normativo) tem um significado “verdadeiro” que pode ser descoberto por meio de uma interpretação correta é uma ficção, adotada para manter a ilusão de certeza jurídica, para fazer crer ao público usuário do direito que apenas há uma possível resposta.⁵²³

Maria Helena Diniz entende que as funções da interpretação são: a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais, que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas inéditas ao tempo de sua criação; c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.⁵²⁴

Interpretar no Direito, para Maria Helena Diniz, não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão reta.⁵²⁵

Dessa forma, pelo até aqui exposto, é possível concluir que existem, na cultura jurídica, pelo menos três teorias sobre a interpretação:

- a) a teoria cognitiva formalista, segundo a qual a interpretação é um ato de conhecimento, de modo que os enunciados normativos têm valores de verdade;
- b) uma teoria cética, segundo a qual a interpretação é um ato de vontade, de modo que os enunciados normativos carecem de valores de verdade;
- c) uma teoria eclética ou mista, nomeada de cognitismo contemporâneo ou teoria cética moderada, segundo a qual a interpretação é às vezes ato de conhecimento, outras vezes ato de vontade, de modo que os enunciados interpretativos em determinadas ocasiões têm valores de verdade e outras vezes carecem deles.⁵²⁶

⁵²² KELSEN, Hans. *The Law of United Nations: a Critical Analysis of Its Fundamental Problems-With Supplement* (1950). New Jersey: The Lawbook Exchange, LTI, 2000, Prefácio, p. XIV.

⁵²³ *Ibidem*, p. XIV.

⁵²⁴ DINIZ, Maria Helena. Interpretação literal: uma leitura dos leigos. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 67, p. 94-98, ago. 2002.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ Guastini critica a existência dessa terceira corrente. Para ele, apenas existem os cognitistas e os céticos, já que a teoria eclética não é válida. Segundo esse autor, uma vez que uma corrente é excludente

A teoria cética, sendo consciente da multiplicidade de técnicas interpretativas e do rol julgado pelas construções dogmáticas dos juristas, leva a sério a equivocidade e a vagueza da linguagem das fontes do direito, o que tem por consequência o fato de que, antes da interpretação, não existe nenhum sentido objetivo nos textos normativos. De acordo com esse ponto de vista, a interpretação – em particular, a interpretação em abstrato – é um ato de vontade, que consiste não em conhecer o único significado preexistente, e sim em eleger um significado determinado no âmbito dos vários significados igualmente possíveis. Desse modo, os enunciados interpretativos não pertencem ao discurso descritivo, já que não têm valores de verdade. Em particular, os juízes de última instância são livres para atribuir aos textos normativos qualquer significado.

A palavra interpretação, por si só, já é um problema, pois também é isomórfica e denota mais de um significado. Riccardo Guastini sustenta que interpretar significa coisas diferentes levando-se em conta o objeto sobre o qual recaia a tarefa interpretativa, podendo esta incidir sobre fatos, eventos históricos e sociais ou sobre um texto.⁵²⁷

Guastini sustenta que o signo “interpretação” é ambíguo, possui mais de um sentido, assim é necessário “interpretar a interpretação”. O autor identifica quatro diferentes significados para o termo.⁵²⁸

A primeira ambiguidade observada por esse autor é que o vocábulo “interpretação” ora faz referência a uma atividade ora a um procedimento. Nesse sentido, a interpretação é vista como meio para atingir algo, outras vezes é o próprio resultado, o êxito, é produto de dita atividade.⁵²⁹

Com frequência utiliza-se a palavra interpretar para se fazer referência à atribuição de significado a um texto normativo – “T” significa “S” – outras vezes à qualificação jurídica de um caso concreto – “x constitui homicídio.”⁵³⁰

A segunda ambiguidade pode ocorrer de duas formas: pela via da interpretação “em abstrato” (*text-oriented*), que consiste em identificar o conteúdo

da outra, elas não podem ser harmonizadas em uma única via. GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 40.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁵²⁹ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 40.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 41.

normativo sem fazer referência a algum caso concreto; e pela via da interpretação “em concreto” (*fact-oriented*), que consiste em subsumir um caso concreto ao campo de aplicação de uma norma previamente identificada em abstrato.⁵³¹

A terceira ambiguidade apontada por Guastini é que a interpretação ora faz referência a um ato de conhecimento, ora a um ato de decisão e, outras vezes, a um ato de criação normativa. Assim, deve-se diferenciar entre:

- I) A interpretação cognitiva, ou interpretação-conhecimento, que consiste em identificar os possíveis e diferentes significados de um texto normativo.
- ii) A interpretação decisória, ou interpretação-decisão, que consiste em escolher um determinado significado no âmbito dos significados identificados (ou identificáveis) por meio de uma interpretação cognitiva, descartando as restantes.
- iii) A interpretação criativa, ou interpretação-criação, que consiste em atribuir a um texto um significado “novo”, não compreendido entre os significados identificados (ou identificáveis) por meio da interpretação cognitiva.⁵³²

Riccardo Guastini elucida o tema com um exemplo simples, porém esclarecedor: se determinada disposição D é ambígua, e considerando o fato de que ela possa por tanto expressar a norma N1 ou a norma N2, os três tópicos abordados acima poderão ser sintetizados da seguinte forma:

- a) A interpretação cognitiva se expressará mediante o enunciado “D pode significar N1 ou N2.
- b) A interpretação decisória se expressará mediante o enunciado “D significa N1”, ou bem mediante o enunciado “D significa N2”.
- c) A interpretação criativa se expressará mediante um enunciado do tipo “D significa N3” (N3 não está nas hipóteses possíveis da disposição D, que tem sido identificada pela interpretação cognitiva).⁵³³

A interpretação cognitiva é igual à definição léxica (reconhecimento dos usos linguísticos efetivos). A interpretação decisória corresponde à redefinição do conceito. A interpretação criativa se assemelha à definição estipulada (introdução de um significado novo, não usual).

A interpretação decisória aproxima o ato de interpretar do ato de aplicar o direito. Para Eros Grau, interpretação e aplicação do direito são uma só operação. “Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= a realidade e os

⁵³¹ *Ibidem*, p. 41.

⁵³² *Ibidem*, p. 42-43.

⁵³³ *Ibidem*, p. 43.

fatos aos quais o direito há de ser aplicado)."⁵³⁴ Para outros, aplicação não se confunde com interpretação⁵³⁵, possuindo inclusive uma metodologia diferente da primeira.

O fato é que, na interpretação decisória, a concretização é um procedimento complexo que se inicia com o primeiro contato do intérprete com o enunciado normativo e finaliza no momento em que é afirmada a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.⁵³⁶

A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas jurídicas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto). Nesse sentido, o intérprete produz a norma.⁵³⁷

A interpretação, nessa visão, é vista como meio pelo qual o intérprete desvenda as normas contidas nos enunciados normativos. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O significado, isto é, a norma, é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.⁵³⁸

A interpretação criativa também provoca o surgimento de novas normas, todavia, essas normas não têm respaldo no texto normativo. Sobre a interpretação criativa, Riccardo Guastini tece interessante observação na qual destaca a raridade do fenômeno no mundo jurídico.⁵³⁹

A interpretação criativa é um fenômeno muito raro. O que, na maioria dos casos, parece intuitivamente ser uma interpretação criativa consiste em extrair do texto normas não expressas (ditas implícitas) por meio de

⁵³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

⁵³⁵ Nesse sentido, cf.: “interpretar uma expressão de direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”. (...) “Assim resulta a aplicação do Direito, que consiste no enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 42.

⁵³⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 47.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁵³⁸ Sobre o tema: Texto e norma não se identificam – o texto é um sinal lingüístico; a norma é o que se revela. Nesse sentido, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23-24; MACCORMICK, Neil. *The ethics of legalism*. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 184-193, 1989; GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: L.G.D.J., 1919, p. 44.

⁵³⁹ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 43-44.

argumentos pseudológicos, é dizer, mediante raciocínio não dedutivo e, portanto, não estritos e concludentes. Dita operação não é, estritamente falando, um ato de interpretação: trata-se de um verdadeiro ato de criação normativa, cujo nome mais apropriado é, talvez, construção jurídica.⁵⁴⁰

A última ambiguidade levantada por Guastini é que a interpretação ora se refere à atribuição de significado de um texto, outras vezes ao que, na falta de um nome melhor, ele nomeia de “construção jurídica”, que são os casos de interpretação criativa, que, segundo ele,

Consiste precisamente em construir – a partir de normas explícitas, expressamente formuladas pelas autoridades normativas – normas não expressas (implícitas, mas em um sentido muito amplo, não lógico, dessa palavra): normas que nenhuma autoridade normativa formulou.⁵⁴¹

Assim, é fácil perceber que muitos enunciados normativos são ambíguos: expressam alternativamente duas (ou mais) normas, têm um conteúdo de sentido complexo: expressam e/ou implicam conjuntamente uma pluralidade de normas e, de acordo com o sentido comum dos juristas, todo sistema jurídico está repleto de normas “não expressas”, normas que não correspondem a algum enunciado normativo. Nesse caso, tem-se a norma sem o texto.

Em face de tantas ambiguidades, Guastini⁵⁴² sustenta que o cognitivismo é infundado, porque, na interpretação jurídica, intervêm fenômenos desconhecidos de outros âmbitos da comunicação: fenômenos como a metodologia da interpretação e a dogmática jurídica. Os significados não dependem apenas das regras de sintática e de semântica, mas: 1) da particular técnica interpretativa utilizada; 2) das teses dogmáticas pressupostas; e 3) das preferências ou dos juízos de valor formulados ou insinuados pelo intérprete.⁵⁴³

As várias técnicas interpretativas, as distintas teses dogmáticas, os diversos juízos de valor dão lugar a diversas atribuições de significados, para os quais não subsiste nenhum critério persuasivo de verdade.

Resta claro que, para a corrente cética, da mesma forma que ocorre com os casos difíceis dos cognitivistas contemporâneos, a interpretação é um ato de vontade, logo de um enunciado é possível extrair mais de um sentido para determinada norma. A

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 45.

⁵⁴³ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 45.

corrente cética se subdivide em teoria cética radical e teoria cética moderada, a diferença entre elas se encontra no limite da interpretação. Para a teoria radical, interpretar é construir qualquer significado, enquanto para a moderada essa escolha não deve ser feita de forma indistinta, transformando o direito em mera questão de gosto, mas deve observar um raciocínio metodológico específico, a fim de que o direito não perca a sua cientificidade. Ou seja, há limites, ela admite que o intérprete construa algum significado, porém dentro dos admissíveis. Percebe-se, assim, que essa teoria não deixa de ser uma junção entre o cognitivismo e a teoria cética, pois relaciona conhecimento e vontade.⁵⁴⁴

Karl Larenz também defende limites para o ato de interpretação; segundo ele, “o sentido da lei há de ser estabelecido atendendo à intenção de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independente delas”.⁵⁴⁵ Não há nenhuma pretensão de enquadrar determinado autor em uma ou outra corrente, mesmo porque muitas dessas discussões são posteriores ao tempo de Larenz, muito menos se propõe como solução ao problema a visão intencionalista. O que se pretende é apenas demonstrar que Larenz, embora entendesse que a interpretação era um ato de vontade, não era adepto de uma vontade ilimitada, pois defendia que, na atividade interpretativa, o intérprete deveria englobar os elementos "subjetivos" como os "objetivos" do ato a ser interpretado⁵⁴⁶ e, ainda, percorrer um caminho específico.⁵⁴⁷

Guastini entende que não há espaço para subdivisão da teoria cética. Para ele, uma proposição normativa é verdadeira se, e apenas se, pressupõe um enunciado que descreve veridicamente ou uma interpretação que é pacífica porque não é controvertida ou ainda uma interpretação que, apesar de controvertida, é pacífica porque é de fato dominante. Mas isso não quer dizer que ele seja adepto de uma teoria cética ilimitada, para ele há limites, mas estes não pressupõem a adoção, ainda que parcial, de posicionamentos da corrente cognitiva.

⁵⁴⁴ Da mesma forma, Guastini não admite essa subdivisão da teoria cética, mas isso não quer dizer que ele defenda que não há limites para essa teoria. Para ele há limites, mas tais limites não estão em adotar parcialmente a teoria cognotivista. Para Guastini, a teoria cognotivista é infundada. GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 42-43.

⁵⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 489.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 489.

⁵⁴⁷ “A interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas deve ocorrer de modo seguro e comprovável, então é preciso ter determinados critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar. Tais critérios foram desenvolvidos pela metodologia jurídica”. *Ibidem*, p. 484-485.

4.8.3 Teoria formalista x teoria cética

Hart utiliza-se de dois monstros mitológicos para explicar bem o que representa adotar uma ou outra teoria na sua plenitude. Hart defende que “o formalismo e o ceticismo sobre as regras são o Cila e o Caríbdis da teoria jurídica”.⁵⁴⁸ Cila e Caríbdis são dois monstros marinhos que moravam nos lados opostos do estreito de Messina. Os dois monstros foram imortalizados na obra de Homero, a Odisseia. Ulisses ou Odisseu, ao passar com a sua tripulação pelo estreito de Messina, foi arrastado pelo turbilhão de Caríbdis. O seu barco foi naufragado por um raio de Zeus, como punição pelo sacrilégio cometido contra os bois de Hélios. Toda a tripulação morreu, todavia Odisseu sobreviveu, pois conseguiu agarrar-se à figueira que ficava em frente à gruta do monstro e depois a um mastro do navio naufragado.⁵⁴⁹

Hart é contrário à teoria cética, embora entenda que toda a lei tenha uma textura aberta. Ele defende que “a letra de uma lei e o que ela exige num caso concreto podem ser perfeitamente claros”.⁵⁵⁰ Segundo ele, o cético “é, por vezes, um absolutista desapontado”, uma vez que ele consegue demonstrar que as regras não são tudo aquilo que um formalista acredita que seja, assim, elas não preenchem o ideal de um cético. Na verdade, esse ideal é inatingível em face da própria textura aberta das normas. Quando o cético descobre que o seu ideal é inatingível, ele se exprime pela negação geral de que haja, ou possa haver, qualquer tipo de regra.⁵⁵¹

Da mesma forma, Hart também critica a teoria jurídica do formalismo, pois, segundo ele, essa teoria parte do pressuposto equivocado de que é possível “fixar o significado da regra de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação”.⁵⁵² Ocorre que isso nada mais é que uma ficção, pois é impossível saber como será a composição de inúmeros casos futuros que, no momento da expedição da ordem geral, não foram sequer imaginados ou previstos. Por isso, Hart conclui que essa rigidez de raciocínio fará com que as classificações realizadas entrem em conflito com as finalidades de ter

⁵⁴⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 161.

⁵⁴⁹ LOURENÇO, Frederico. *Homero: Odisseia*. Lisboa: Livros Cotovia, 2003.

⁵⁵⁰ HART, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 152.

⁵⁵² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 142.

ou manter a regra. Em suma, o formalismo não se sustenta pelo fato de o ser humano ser incapaz de antecipar o futuro.⁵⁵³

Por isso, Hart conclui que “regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem diretivas oficiais ulteriores, não podem ser criadas pelo Poder Legislativo, de forma antecipada”.⁵⁵⁴ Ciente da sua incapacidade, o Poder Legislativo elabora normas gerais e abstratas e as submete a um corpo administrativo, aqui englobando a atuação judicial, por meio dos precedentes,⁵⁵⁵ embora existam nos casos particularidades dotadas de poder regulamentar, a fim de moldar e adaptar as suas necessidades especiais. Isso ocorre em face da textura aberta do direito.⁵⁵⁶

Assim, optar por um ou outro caminho é escolher uma das faces de uma moeda, querendo que apenas aquele lado seja o lado certo. Esse falso paradoxo foi assim observado por Hart: “ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões, ou não há regras, mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição”.⁵⁵⁷

Como dito, trata-se de um falso paradoxo, pois uma corrente parte do pressuposto de que não existe a figura da textura aberta nas regras, logo a regra seria autossuficiente para solucionar todos os problemas jurídicos futuros, e a outra corrente parte exatamente dessa inviabilidade para transformar a exceção em regra, ou seja, a regra jurídica em mera predição. O paradoxo deixa de existir quando se compreende que, embora certas regras possam ter um teor duvidoso, uma zona de penumbra e vagueza, há uma condição necessária em todo sistema jurídico existente que torna impossível que todas as regras estejam sujeitas a dúvidas em todos os pontos, ao mesmo tempo. Logo, se uma regra individual demanda complementação pelo fato de ter uma textura aberta, é fato que outras regras não incidirão em nenhuma dúvida, mesmo que essa regra seja outra regra secundária que atribua autoridade para que os tribunais

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 143.

⁵⁵⁴ A frase foi colocada na ordem direta, a fim de facilitar a compreensão. Em Hart, a frase está assim disposta: que não podem ser criadas pelo Poder Legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem diretivas oficiais ulteriores. *Ibidem*, p. 144.

⁵⁵⁵ “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes a que variam em peso, de caso para caso [...]. Aqui na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem a função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, essa função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo”. *Ibidem*, p. 148-49.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 144.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 152.

disponham de poder para decidirem sobre essas questões, pois, caso contrário, se todas as regras fossem de fatos indeterminadas, vagas e repletas de penumbras, o próprio sistema já teria sucumbido, inclusive as regras de auto-organização não teriam força normativa pela sua imprecisão.⁵⁵⁸

Há um forte problema na corrente que defende que a norma é o resultado do texto interpretado. Esses posicionamentos são fundamentados na nova hermenêutica, e a conclusão natural dessa linha de raciocínio é que o direito é criado pelo seu intérprete autêntico, no caso, o juiz. Não há nada de novo nessa forma de pensar, trata-se de um mero resgate da teoria cética, com foco no realismo norte-americano. Nessa linha concretista, Friederich Müller defende que o texto normativo não contém imediatamente a norma, esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.⁵⁵⁹ Para Eros Grau, o “texto normativo é uma fração da norma”, apenas com a concretização, ato realizado pelo intérprete, é que a norma será produzida.⁵⁶⁰

Esse entendimento de que a norma é produzida pelo intérprete, de que a norma é o resultado da equação texto mais interpretação, é compartilhado por outros doutrinadores renomados do direito,⁵⁶¹ todos eles influenciados, de alguma forma, por Guastini, que defende que a interpretação jurídica é a atribuição de sentido ou significado a um texto normativo,⁵⁶² porém, fato interessante, é que o próprio Guastini critica a posição cética que exige uma redefinição radical da noção comum de produção do direito, no qual o juiz cria a norma. Da mesma forma, esse autor não aceita que “os textos normativos, carecem, antes da interpretação, de qualquer significado, e que, portanto, não existe algum significado antes da interpretação (se assim fosse, interpretar

⁵⁵⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 166.

⁵⁵⁹ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische methodik*. Berlim: Duncker & Humblot, 1993, p. 169.

⁵⁶⁰ “As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (texto, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidade de interpretação, um conjunto de normas em potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer, o significado da norma é produzido pelo interprete”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38.

⁵⁶¹ A título de exemplo: Humberto Ávila diferencia texto de norma: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. . 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

⁵⁶² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23-24.

seria precisamente uma criação de significados *ex nihilo*)”.⁵⁶³ Pelo contrário, Guastini defende que os textos normativos, em sua maioria, são dotados de várias possíveis interpretações, já conhecidas *ex ante* da incidência da interpretação.⁵⁶⁴

Da mesma forma, soa estranho afastar o caráter normativo dos textos jurídicos, como pretende Eros Grau. Se assim o fosse, o texto só se tornaria normativo após a sua interpretação pelo seu intérprete autêntico, no caso, o juiz. Ocorre que esse raciocínio gera alguns óbices ao ordenamento jurídico, os quais, em momento algum, foram enfrentados pelos autores que defendem essa posição.

O primeiro óbice é como explicar o fato de que os textos elaborados pelo Poder Legislativo, ainda não interpretados pelo Judiciário, possam impor obrigações e efetivamente ser fundamento para atos sancionadores, se eles ainda não são normas?

O problema só aumenta quando Eros Grau tenta solucionar esse óbice ao defender que não apenas o intérprete autêntico produz a norma, mas também “o advogado, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão”.⁵⁶⁵ Aparentemente, Eros Grau confunde “obedecer à norma” com “criar a norma”, tanto que, para fundamentar a sua assertiva, ele utiliza o exemplo do homem faminto e a maçã: “o homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã, interpreta um texto de direito – o texto que coíbe furto –, produzindo a norma”.⁵⁶⁶

Como explicar um ato concreto em face desses atos, se os textos jurídicos são tão vagos ou detêm uma pluralidade de sentidos, que os torna impossíveis de ser compreendidos? Como exigir do destinatário da norma um determinado comportamento, antes que aquele ato seja concretizado pelo Poder Judiciário? Ou ainda, se qualquer um cria a norma, por meio da interpretação, até o momento anterior ao da definição da norma pelo intérprete autêntico, como conciliar isso com o princípio da anterioridade para os atos sancionadores do Estado?

Entender que o intérprete é o único produtor da norma e não o Poder Legislativo obriga a concluir que, em face do princípio da anterioridade que vige no direito penal, uma lei não poderia produzir efeitos enquanto não fosse interpretada pelo intérprete autêntico, e, nesse caso, produzida pelo Poder Judiciário, pois seria

⁵⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 38.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

impossível exigir qualquer comportamento dos destinatários da norma, uma vez que, até a interpretação final da norma pelo juiz, o destinatário não teria condições de saber o real significado do texto, em face da sua indeterminação. Esse raciocínio não se aplica apenas ao direito penal, mas a todo ato sancionador do Estado.

Recentemente, no Brasil, o Código de Trânsito foi alterado para prever aplicação de multa para os motoristas que trafegarem com o farol apagado nas rodovias do país, durante o dia. Se esse ato não é uma norma, mas apenas um texto, com potencialidade normativa, aguardando o interprete retirá-lo do seu invólucro, é lógico então, por esse raciocínio, que a administração pública, ao interpretar o texto e concretizar a norma, poderá exigir que os motoristas (destinatários da norma) trafeguem com o farol aceso, todavia os motoristas (cidadãos) podem interpretar de alguma outra forma, concretizando outra norma, na qual a multa não é devida. Assim, nessa linha de raciocínio, resta a dúvida: enquanto o judiciário não interpretar o texto, a administração pública poderá expedir multas para aqueles motoristas que insistirem em trafegar nas rodovias com o farol apagado?

O problema não se resolve ao se deslocar a vagueza do texto para as normas, pois, se antes o texto permitia inúmeras interpretações distintas, agora é possível concretizar inúmeras normas.

Isso não quer dizer que a interpretação não componha o ato normativo ou interfira na sua produção ou mesmo não implique sua criação, mas apenas que nem todo ato normativo demanda interpretação. A norma não é o texto interpretado; o texto detém caráter normativo, independentemente do ato interpretativo. A interpretação pode alterar o significado e, com isso, o alcance do texto, mas isso não quer dizer que o Judiciário é o único criador de normas ou apenas o intérprete e nunca o responsável pela elaboração do texto o é. Pelo contrário, a atividade de criação de normas via Poder Judiciário é excepcional. Usualmente, o Poder Legislativo, juntamente com o Executivo, cria a norma. Entender de outra forma é afastar a autoridade dos textos normativos, mas isso não quer dizer que o intérprete autêntico não concretize a norma, porém ele apenas o faz nos casos difíceis.

Em resumo, se a norma fosse uma fórmula matemática em que fosse o resultado do produto texto e interpretação ($\text{Norma} = \text{Texto} \times \text{Interpretação}$), isso equivaleria a dizer que todo ato normativo publicado já tivesse um valor predeterminado para interpretação que seria igual, pelo menos inicialmente, a 1, ou seja, $N = T \times 1$.

Assim, o texto normativo já é norma, todavia a interpretação a posteriori poderá alterar o resultado da equação, concretizando novas normas em substituição à norma original.

De qualquer forma, independentemente da teoria adotada – cognitivismo contemporâneo, teoria cética, em qualquer das suas vertentes: radical ou moderada –, como não existe um único método correto e a aplicação de métodos diferentes pode acarretar respostas diferentes. Assim como escolher a melhor resposta para a solução de um caso concreto, entre todas as opções possíveis?

Antes de adentrar a questão da escolha da melhor resposta, deve-se mencionar que ela já incomoda a doutrina norte-americana há bastante tempo, sendo que duas correntes se destacaram ao longo dos anos: o interpretativismo e o não interpretativismo, embora dentro desses dois gêneros existam inúmeras correntes intermediárias.

Os interpretativistas têm uma visão mais conservadora do papel dos operadores do direito; alguns de seus expoentes, como Robert Bork e Antonin Scalia, defendem que o intérprete da Constituição deve se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos ou tidos como claramente implícitos, logo o operador do direito não deve extrapolar a norma, sendo que os casos de indeterminação semântica deveriam ser resolvidos pela busca da interpretação teleológica dos pais fundadores. Um passo além da moldura do texto desconfigura o princípio do *rule of law*, violando, assim, o princípio democrático. Para mais informações sobre o tema, remeta-se o leitor ao Capítulo 2, no tópico sobre textualismo (2.3).

A corrente não interpretativista defende a concretização dos direitos consagrados no texto constitucional, ainda que, no caso concreto, seja necessário ultrapassar as limitações textuais, operadas pela interpretação formalista, a fim de moldar a nova realidade aos princípios de justiça, liberdade e igualdade.⁵⁶⁷ Um dos maiores expoentes dessa corrente, segundo Canotilho,⁵⁶⁸ é Ronald Dworkin, que defende a corrente integracionista. É claro que, dentro dos não interpretativistas,

⁵⁶⁷ Didaticamente teríamos que: “[...] O primeiro (corrente interpretativista) consistiria resumidamente, numa compreensão de que o papel constitucional dos juízes está adstrito ao que está estatuído e escrito na Constituição, sendo que princípios e valores não são vinculantes (o juiz não pode ampliar o rol de direitos previstos expressamente na Constituição, pois isso acarretaria subjetivismo), ao contrário do segundo (corrente não interpretativista), onde existe a ideia de que as Cortes devem basear seus julgamentos em elementos que vão além do mero texto, buscando referências por detrás dos limites estritos do documento, vinculados a aspectos morais e valorativos”. LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 149.

⁵⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. 2003, p. 1182-1183.

existem inúmeras escolas com diferentes pensamentos, o que termina por fazer com que na corrente não interpretativista “pese uma constelação de divergências interna”.⁵⁶⁹

A teoria da integridade de Dworkin defende um direito em construção, logo nega que as manifestações do Direito sejam meros relatos factuais voltados para o passado, como defendem os interpretativistas, porém também não admite o direito como programas instrumentais voltados apenas para o futuro, como pretende o pragmatismo atrelado ao realismo.⁵⁷⁰

O direito visto como integridade tenta ligar o passado, caso a necessidade assim o determine, ao futuro, “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram”.⁵⁷¹ Porém os integracionistas se preocupam em justificar o que os criadores do direito fizeram, mas admitem que o desenvolvimento do direito rompa com as expectativas e intenções dos pais fundadores. A fim de justificar o seu raciocínio, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia, segundo a qual “cada juiz é apenas o autor de um capítulo em uma longa obra coletiva sobre um determinado direito (princípio)”.⁵⁷² Dessa forma, o juiz se encontra, de algum modo, vinculado ao passado, pois ele tem o compromisso/dever de ler tudo o que já foi feito por seus antecessores com o intuito claro de continuar a tarefa de construção do romance, porém com a obrigação de redigir algo melhor do que já fora escrito, utilizando os princípios existentes e reconhecidos pela comunidade.

É fácil perceber que, a depender da corrente adotada (interpretativista ou não interpretativista), a solução para o caso concreto será completamente diferente. Uma corrente fortalece o papel do legislador enquanto a outra, independentemente da vertente, sempre reforça o papel do juiz.

Há muito tempo que, nos EUA, parte significativa da doutrina critica o reducionismo das duas visões, sendo que Ely já defendia que nenhuma das duas visões é satisfatória.⁵⁷³ Segundo Ely, na Constituição constam diversas provisões cujo

⁵⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não interpretativismo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3173935ed8ac4bf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald M. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 274.

⁵⁷³ “Nenhuma das teorias proferidas – nem aquela que garante aos nossos juízes derradeira soberania sobre as escolhas valorativas da sociedade tampouco aquela que intentaria referir a escolha feita pela sociedade às crenças de pessoas que estão mortas há mais de um século – é inteiramente reconciliável

significado está “muito além dos seus quatro cantos, logo, ela própria nos convida a nos tornarmos um não interpretativista”.⁵⁷⁴

A corrente do *noninterpretivism* também é afastada por Ely em face do seu pendor antidemocrático. A existência de valores substanciais na Constituição atribui ao Poder Judiciário a função de identificar esses valores, logo essa função recai nas mãos de uma entidade que não possui nenhuma representatividade eleitoral.⁵⁷⁵ Além disso, “conceitos tais como do direito natural, princípios neutros, razão, tradição e consenso, e que poderiam sinalizar para a desmistificação do que seriam os valores substantivos de que a teoria não interpretivista lança mão”,⁵⁷⁶ são extremamente criticados por Ely.

Ely critica que o direito natural é, muitas vezes, utilizado para fundamentar a mesma situação, porém de forma oposta, logo não apresenta uma solução unívoca, pelo contrário, como incorpora a moral, o direito termina por se tornar uma fonte vazia. O exemplo utilizado por esse autor é o caso da escravidão nos EUA, pois tanto os abolicionistas como os escravocratas fundamentavam suas razões no direito natural. O raciocínio jurídico termina por se esvaziar, tendo em vista que não existe apenas uma única forma de raciocínio.⁵⁷⁷

Após afastar as duas correntes, a proposta de Ely, conhecida como procedimentalista, é de que a Constituição norte-americana se encontraria voltada para a determinação de processos e estruturas governamentais. Dessa forma, “a Constituição americana é um processo de governo, e não uma ideologia governante”.⁵⁷⁸ Quanto à atuação do Judiciário, nessa vertente, não haveria espaço para atitudes antidemocráticas no exercício do controle de constitucionalidade (*judicial review*), pelo fato de que, nesse contexto, o Poder Judiciário apenas exerce uma função de reforço da representação (*representation-reinforcing*), de forma a evitar que minorias políticas sejam excluídas do processo democrático. Não seria, pois, o Judiciário que ditaria os valores constitucionais aos demais Poderes, pois esses valores já foram estabelecidos pela

com as assunções democráticas mais basilares de nosso sistema” ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. VII.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁷⁶ TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, n. 1, p. 337-348, 2015.

⁵⁷⁷ ELY, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 101.

própria Constituição.⁵⁷⁹ Os críticos ao procedimentalismo se nomeiam de substancialistas. O substancialismo será analisado no próximo tópico.

Interessante ainda são as novas doutrinas desenvolvidas nos EUA sobre o papel da hermenêutica que superam ou tentam superar essa dicotomia reducionista. Um exemplo é o pensamento de Cass R. Sunstein, que defende o minimalismo judicial (*judicial minimalism*). Rogério Leal considera que os minimalistas são juristas que não acreditam em nenhuma das teorias da Constituição e da jurisdição que colocam o Judiciário num papel de salvador ou com algum fim emancipatório, logo os juízes deveriam se concentrar, unicamente, em encontrar alguma solução para o caso concreto específico que está sob sua análise.⁵⁸⁰

Sunstein afirma que uma decisão minimalista tem duas características básicas: 1) superficialidade (*shallowness*) e estreiteza ou restrição (*narrowness*). Dessa forma, a Corte deve se restringir à solução do caso concreto, não tentar impor determinada decisão como paradigma para toda a sociedade, a fim de que aquele caso se torne um precedente para a solução dos casos futuros.⁵⁸¹

O exemplo fornecido por Sunstein é o julgamento sobre discriminação sexual no Instituto Militar da Virgínia, em 1995. Caso a Corte adotasse uma concepção minimalista, ela não tentaria estabelecer uma regra geral que pudesse finalizar definitivamente a discussão sobre a constitucionalidade ou não da discriminação sexual de qualquer escola militar norte-americana que somente aceite alunos do sexo masculino, mas apenas se pronunciaria no estrito caso do Estado da Virgínia.⁵⁸²

O minimalismo entende que o Congresso americano compreende melhor a dimensão democrática do que a Suprema Corte, e, por essa razão, ele é mais autorizado para dar respostas finais sobre todas as matérias constitucionais. Essa postura permite que a sociedade, em seus diversos níveis (nacionais, estaduais e municipais), participe ativamente do debate, o que propicia uma maior compreensão do problema a ser resolvido. Observe-se que, embora com uma metodologia bem diferente da não interpretativista, uma vez que o método jurídico aqui consagrado não é a intenção dos pais fundadores ou as suas expectativas na interpretação das normas, Sunstein não

⁵⁷⁹ TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, n. 1, p. 337-348, 2015.

⁵⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 1, n. 5, jan./dez. 2007, p. 247.

⁵⁸¹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 10.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 10.

defende a aplicação de nenhum método de forma preponderante. O resultado final almejado é o mesmo, que as decisões fundamentais de uma sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário.

Outro renomado autor americano que chega às mesmas conclusões de Sunstein, porém por outras vias, é Tushnet. Esse autor é um crítico do *judicial review*, porém as suas críticas não são em razão do viés pouco democrático da função antimajoritária exercida pelo Poder Judiciário, mas sim por causa da posição de supremacia que o Poder Judiciário incorpora em face do *judicial review*, em comparação aos demais poderes. Uma vez que compete ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o controle de constitucionalidade, essa situação, na visão de Tushnet, faz com que o Poder Judiciário se coloque numa posição superior aos poderes Legislativo e Executivo,⁵⁸³ afastando, assim, a interpretação realizada pelos demais poderes em prol da sua.⁵⁸⁴

⁵⁸³ TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts, 1999. In: TUSHNET, Mark. *Popular Constitutionalism as Political Law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006. Cf. Jeremy Waldron. Ele sustenta, como Sunstein, que o judiciário nem sempre será a instância mais adequada para resolver matérias conflituosas (controvertidas) sobre os direitos fundamentais. A resolução dessas querelas pode se dar por instâncias de representação democrática (legislativas). Jeremy Waldron sustenta basicamente que: a) a prática do judicial review é procedimentalmente antidemocrática; e b) não há razão para supor que os direitos serão protegidos de maneira mais efetiva pelas cortes do que pelas legislaturas. WALDRON, Jeremy. The Core the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. “Em síntese, para Waldron, o controle judicial de constitucionalidade não se justifica em uma sociedade que exiba quatro características: (1) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento (note-se: Waldron não exige perfeição), incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio adulto universal; (2) existência de instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento (mais uma vez: não exige perfeição), configuradas em bases não representativas para conhecer de processos individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; (3) existência de compromisso da parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; o que não impede a ocorrência de (4) desacordos — de boa-fé — entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos acerca do sentido desses direitos. Presentes essas características, para Waldron, os desacordos acerca do sentido dos direitos não de ser resolvidos no âmbito parlamentar, não no âmbito judicial, pois a solução por intermédio das Cortes carece de legitimidade política”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

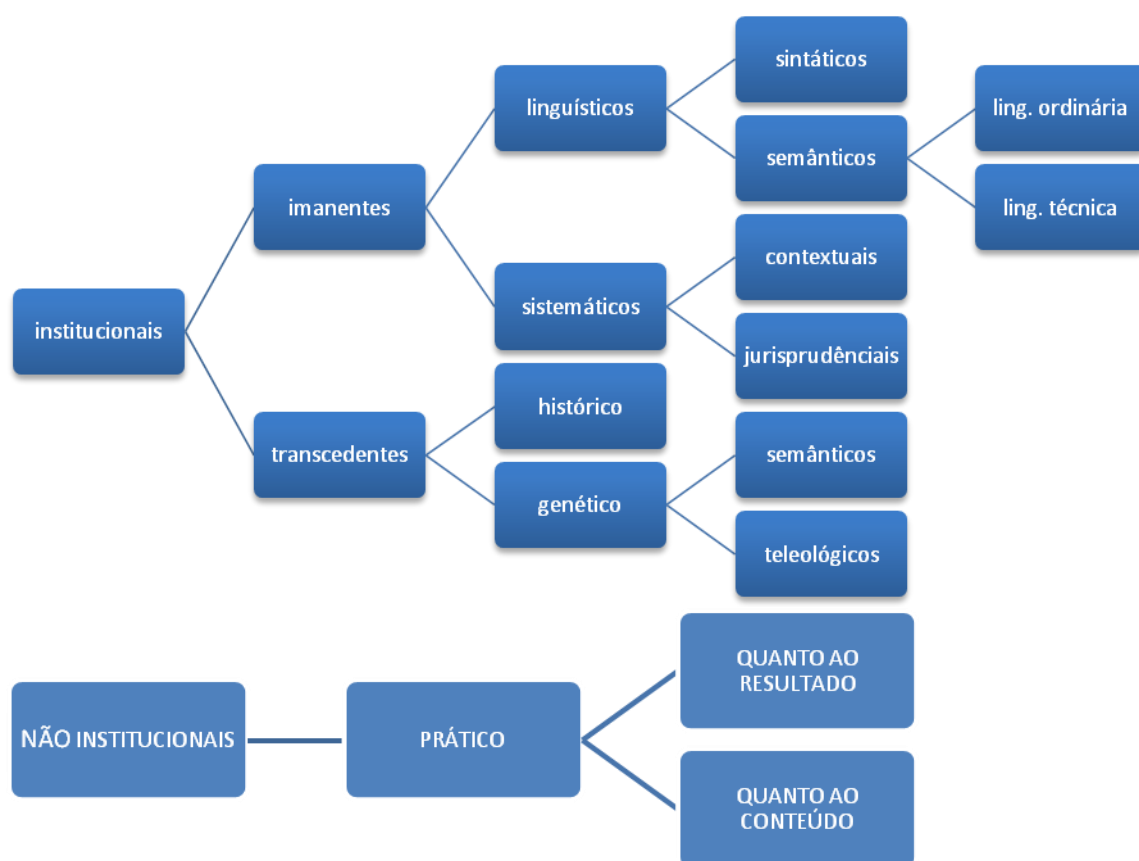
⁵⁸⁴ “Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de constituição grossa (*thick contitution*) e constituição delgada (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público, ou seja, não costumam gerar controvérsias populares. Esta (Constituição delgada), por sua vez, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade. Este conteúdo está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preambulo da Constituição. A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição é interpretada fora dos Tribunais, em especial em comparação com a habilidade do Congresso dos EUA em realizar tal interpretação. E sua conclusão é a de que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal do mundo jurídico.” OLIVEIRA, Daniel de Almeida. *Stephen Griffin e a teoria constitucional americana*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2009, p. 62-63.

Dessa forma, uma coisa é certa, o texto constitucional é, muitas vezes, vago e ambíguo, sendo que todas as correntes modernas sobre a interpretação defendem, em maior ou menor escala, a existência de uma margem discricionária de decisão, entre as diversas soluções possíveis para um determinado caso concreto, logo compete ao método jurídico viabilizar a melhor escolha.

4.8.4 Se existem várias respostas, como escolher a melhor?

Humberto Ávila tenta solucionar um dos problemas mais complicados e seculares envolvendo a interpretação. Com o fito de solucionar a questão, ele utiliza a Teoria da Argumentação, temperando-a com ensinamentos da doutrina do positivismo presumido. Para tanto, ele classifica os argumentos da seguinte forma:⁵⁸⁵

Figura 1 - Quadro esquemático



Fonte: ÁVILA, 2001, p. 6.

A justificação com base em argumentos institucionais refere-se a argumentos oriundos do direito positivado, enquanto os não institucionais decorrem

⁵⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, p. 1-33, ago. 2001.

dos efeitos práticos de determinada decisão e determinado apelo para que aquela situação gerada acarrete maior ou menor grau de justiça.⁵⁸⁶

Os argumentos institucionais imanentes são aqueles que são construídos a partir do ordenamento jurídico vigente, devendo ser escolhido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes à norma interpretada. Já os transcendentais não são construídos a partir do ordenamento jurídico, mas relacionam-se com a formação ou com o sentido dos dispositivos que o ordenamento jurídico contém ou continha.⁵⁸⁷

Intenta Humberto Ávila apresentar critérios para valorar as decisões de interpretação de acordo com o ordenamento jurídico (razões justificativas ou objetivas). Para tanto, ele, primeiramente, diferencia os argumentos em razão de seu fundamento e, em seguida, valora cada um deles com base no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse autor defende que todos os argumentos jurídicos são potencialmente multidirecionais, logo apenas distinguir argumentos não é suficiente para escolher uma alternativa correta de interpretação. Só é possível solucionar a questão se, e somente se, for atribuída a cada argumento uma dimensão de peso. Mas como atribuir uma dimensão de peso? Ninguém melhor que o próprio Ávila para explicar a sua corrente.⁵⁸⁸

A ideia é simples: os argumentos têm sua força justificativa na medida em que eles são fundados em valores constitucionalmente instituídos. Diante dessas considerações, logo se vê que os argumentos imanentes ao sistema jurídico têm sua força justificativa fundada no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e no princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, e art. 5º, inciso I, da CF/88). Isso porque o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões.

Os argumentos institucionais transcendentais (argumentos genéticos e históricos), por sua vez, não decorrem da força vinculativa do Poder Legislativo. Eles apenas indiretamente podem ser a ele reconduzidos, na medida em que exploram os trabalhos preparatórios ao conteúdo final dos atos legislativos ou visam a reconstruir um momento histórico anterior. Os argumentos não institucionais ou meramente práticos nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por consequência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, p. 1-33, ago. 2001.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 1-33.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 1-33.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 1-33.

Porém os pesos pré-determinados são classificados como regras *prima facie*, aqui está a sua influência com o positivismo presumido. *Prima facie* pelo simples fato de que esses argumentos podem ser derrotados por razões contrárias.

Humberto Ávila alicerça o seu raciocínio nos princípios da separação dos poderes e no princípio democrático, e também por razões de segurança jurídica. A partir daí, ele constrói a ideia de que “os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos linguísticos e sistemáticos) devem ter prevalência sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos)”,⁵⁹⁰ uma vez que esses argumentos são extraídos diretamente daquilo que foi estabelecido pelos representantes do povo.

Por fim, ensina Humberto Ávila que é preciso analisar a existência de hierarquia entre os princípios constitucionalmente previstos, que se fundamenta numa hierarquia axiológica, em que os princípios fundamentais prevalecem no confronto com outros princípios.⁵⁹¹

Assim, Humberto Ávila formula as seguintes regras *prima facie* de interpretação:

- (1) os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não institucionais;
- (2) os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos linguísticos e sistemáticos) devem prevalecer sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos);
- (3) na justificação com base em argumentos imanentes ao ordenamento jurídico deverá ser escolhido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes à norma interpretada.⁵⁹²

Se todos os argumentos são multidimensionais e se nem a justificação interna nem a justificação externa são suficientes para fundamentar completamente a interpretação, é necessário valorar os próprios argumentos jurídicos, a fim de possibilitar que a interpretação mais adequada flua em face de determinado ordenamento jurídico.

O grande problema da doutrina defendida por Humberto Ávila é que ela, por si só, não permite chegar a uma única resposta. Isso ocorrerá toda vez que existirem

⁵⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, p. 1-33, ago. 2001.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 1-33.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 1-33.

argumentos, na mesma esfera classificatória, para ambos os lados. Não é possível predeterminar uma resposta prevalecente. Além disso, para dificultar a questão, o critério de desempate para argumentos imanentes, estabelecido por Humberto Ávila – a prevalência dos princípios constitucionais que mais garantam a situação, com supremacia dos direitos fundamentais – também nem sempre é suficiente para efetuar o desempate, uma vez que há casos que se referem a questões legais ou mesmo, em âmbito constitucional, não se referem aos direitos fundamentais.

Nesses casos, o que se percebe é que a decisão recairá num ato de vontade, que será livremente decidido pelo intérprete dentro das duas ou mais opções possíveis. Isso não quer dizer que o método jurídico não tenha sido útil para solucionar a lide; pelo contrário, é a observação rigorosa do método jurídico que permite escolher entre uma das várias respostas possíveis, excluindo todas as respostas fora daquela gama de possibilidade como uma opção válida.⁵⁹³

Essa situação de inúmeras ou de umas poucas respostas para determinado texto da constituição também varia de acordo com a corrente constitucional adotada: procedimentalismo x substancialismo. O procedimentalismo já foi apresentado no tópico anterior. Agora desenvolver-se-á a corrente substancialista, que, quando adotada, aumenta a gama de respostas possíveis a serem escolhidas pelo Judiciário para o mesmo problema constitucional.

Tribe reconhece o valor axiológico presente na maioria das normas constitucionais, o que acarreta indeterminação quanto à interpretação da norma. Por essa razão, critica o procedimentalismo, pois, segundo ele, não adianta apenas garantir métodos de participação popular sem se preocupar com os padrões pelos quais as

⁵⁹³ Carlos Blanco de Moraes conceitua como interpretação inválida aquela que: “ i) resulte do uso de cânones ou técnicas hermenêuticas defeituosas, tais como de analogias proibidas pelo método jurídico, interpretações restritivas ou extensivas dogmaticamente infundadas ou interpretações conformes que não possam ser tecnicamente aplicadas ‘in casu’ ; ii) rompa, sem qualquer fundamentação material, com precedentes interpretativos firmados pela própria jurisprudência sobre o significado de um preceito; iii) se revele ilógica em face do disposto no texto constitucional e da sua sistemática ou contrarie objetivamente o enunciado normativo; iv) envolva a criação, fora de qualquer consenso jurídico sobre a matéria, de critérios primários de decisão política, gerados a partir de princípios ‘neutros’ sem objeto definido, com ou sem assento constitucional; v) e manipule o sentido ou o real impacto dos factos referentes ao ‘ambiente normativo’ de forma a construir ‘ex novo’ uma norma feita à medida da espuma do momento que não tenha arrimo no enunciado ou na prática da Lei Fundamental”. MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

escolhas para as concretizações axiológicas ocorrerão, razão pela qual ele defende o substancialismo.⁵⁹⁴

Por que juízes reflexivos e acadêmicos continuam a alimentar teorias procedimentalistas como se tais teorias pudessem banir controvérsias acerca de valores substantivos do reino do discurso constitucional, pelo relegar destas ao não confiável mundo do poder?⁵⁹⁵

Tribe entende que as principais normas constitucionais possuem valores substantivos, logo não seria possível apenas utilizar-se de métodos procedimentalista:

Liberdade religiosa, vedação à escravidão, propriedade privada – muito de nossa história constitucional pode ser escrita com referência nestas instituições sociais e valores substantivos. Que a Constituição há muito se refere a estas questões não causará espanto a ninguém. O que é embaraçoso é que alguém possa dizer, em razão desta realidade, que a Constituição se preocupa ou deveria se preocupar, predominantemente, com processo e não substância.⁵⁹⁶

O grande problema do substantivismo ou substancialismo é que ele aumenta, significativamente, os poderes discricionários do magistrado e também a gama de escolhas possíveis, sendo que, no embate entre uma lei e um princípio constitucional, a escolha do significado e sentido daquela legislação sai das mãos do Poder Legislativo e repousa no Poder Judiciário. Estas são as observações precisas de André Tavares:

A adoção de uma teoria axiológica da Constituição apresenta algumas implicações, conforme anota Menaut: “os princípios devolvem o protagonismo aos juízes, abrem fissuras nas pirâmides normativas e relegam a segundo plano as questões de autosuficiência, ‘completude’ do ordenamento jurídico”. Em outras palavras, a concepção da Constituição como um “pacote de valores” pode findar por conceder amplos poderes aos juízes, uma vez que serão estes os órgãos responsáveis por dirimir eventuais dúvidas (não tão eventuais, a bem da verdade) acerca do significado de determinado princípio. A constatação é a de que certas teorias podem resultar na delegação de amplos poderes aos juízes. Contudo, esta conclusão não vem desacompanhada de outras consequências. A principal está na circunstância de que a solução da dúvida acerca do conteúdo de determinado princípio resultará não da aplicação de critérios objetivos, os quais inexistem, mas sim daquilo que o magistrado creditar ser o conteúdo do princípio. O que ocorre, a partir deste momento, é que eventual celeuma que envolva uma lei proveniente do Legislativo, órgão de cariz democrático, e determinado princípio constitucional será resolvida de acordo com as preferências do

⁵⁹⁴ TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 10-11.

⁵⁹⁵ TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.10.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 11.

próprio juiz, um funcionário de carreira, desprovido de legitimidade e responsabilidade (accountability) democrática.⁵⁹⁷

Dessa forma, é fácil perceber que, na linha substantiva, a gama de escolhas aumenta. Todavia a escolha final será feita com base na retórica e na força do argumento mais convincente para um determinado auditório, nos moldes apresentados no tópico da teoria da argumentação. De qualquer forma, os métodos apresentados não conseguem excluir por completo a subjetividade, o que variará é o seu grau de intensidade.

4.8.5 Os limites da interpretação e a elasticidade do texto

Uma premissa importante da presente tese é a de que o interpretar é uma atividade diferente do compreender, sendo que a compreensão não demanda interpretação, a atividade interpretativa é muito mais trabalhosa do que o ato de compreender.⁵⁹⁸

Quando se reflete sobre os dois termos, percebe-se que, embora muitas vezes utilizados como sinônimos, eles não são intercambiáveis. Existem diferenças entre eles, tanto que o seu uso diário, de forma indiscriminada, torna as frases desprovidas de sentido ou em sentido diverso do original. Segundo Leffa, pode-se dizer que se sabe interpretar um texto, mas soa estranha a afirmação de que se sabe compreender um texto. Também se pode aduzir com naturalidade que se pode usar a expressão “ninguém me compreende”, porém, o sentido não equivale a dizer que “ninguém me interpreta”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, n. 1, p. 337-348, 2015.

⁵⁹⁸ Essa assertiva não é compactuada pela maioria dos juristas, uma vez que eles tendem a utilizar a palavra interpretação como sinônimo de compreensão, como se apenas pela via interpretativa fosse possível compreender ou entender determinado signo. Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Vladimir da Rocha França: “A norma jurídica somente é obtida, ressalte-se, mediante interpretação. Mediante a interpretação, é possível compreender signos linguísticos. Há a atividade de atribuição de um significado específico a um signo linguístico, fixando a conotação que expressa consoante as normas de sentido da linguagem no contexto do próprio signo. Duas situações podem se apresentar: (i) as palavras e as expressões de linguagem apresentam-se claras para o intérprete, com sentidos pacificados, configurando-se aí uma situação de isomorfia, ou (ii) o sentido da palavra ou expressão não aparece claro ou inequívoco para o intérprete, criando-se, nesse caso, uma situação de dúvida a ser superada. Ambas as situações resultam da compreensão, da interpretação efetuada diante dos signos”. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas: RTrib*, v. 13, n. 60, p. 11-23, jan./fev. 2005.

⁵⁹⁹ LEFFA, Vilson J. Interpretar não é compreender: um estudo preliminar sobre a interpretação de texto. In: LEFFA, Vilson J.; ERNST, Aracy (Orgs.). *Linguagens: metodologia de ensino e pesquisa*. Pelotas: Educat, 2012, p. 253-269.

Compreender vem de duas palavras latinas: *cum* e *prehendere*. A primeira significa “junto”, e a segunda “pegar”. Numa tradução literal, significaria “pegar junto”. “Essa ideia de juntar é óbvia em uma das principais acepções do verbo compreender: ser composto de dois ou mais elementos, ou seja, abarcar, envolver, abranger, incluir”.⁶⁰⁰ Todavia o significado de compreender que interessa neste trabalho não são esses, mas sim o de “entender, perceber, alcançar com a inteligência”.⁶⁰¹ Nesse sentido, o “pegar junto” também pode ser aplicado, pois tanto o leitor como o texto estão atrelados pelo contexto. Nesse aspecto, “cada leitura é uma transação que ocorre entre o leitor e o texto em um determinado momento e lugar. [...] O sentido não está pronto nem dentro do texto nem dentro do leitor, mas surge durante a transação”.⁶⁰²

Já a palavra interpretação tem a sua origem na palavra latina *interpes*, que se referia à pessoa que examinava as entranhas de um animal para prever o futuro. Embora o significado desse futuro estivesse dentro das entranhas do animal, ou seja, embora existisse alguma correlação entre o futuro e o objeto analisado, o sentido buscado ultrapassava o que estava contido no animal. O futuro desvendado se relacionava com o objeto, mas não estava contido nas entranhas do animal. Não bastava qualquer pessoa olhar uma entranha de um animal que ele teria conhecimento do futuro, o intérprete detinha uma capacidade de inferir de um determinado signo informações explícitas e implícitas que outras pessoas não iniciadas nas artes da adivinhação não conseguiam.

A compreensão de um texto consiste em analisar o que realmente está escrito, ou seja, coletar dados do texto, logo os comandos de compreensão estão no texto. A interpretação do texto é uma atividade diferente, uma vez que os comandos de interpretação estão além do texto, fora do texto, porém em conexão com o texto. Essa conexão com o texto chama-se inferência textual, dedução textual. As informações não estão no texto, mas estão atreladas ao texto. Ambas as atividades são aptas a proverem de sentido um determinado texto.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação atua no âmbito da coerência do ordenamento jurídico, com base em fatores de ordem semântica, cognitiva, pragmática e

⁶⁰⁰ LEFFA, Vilson J. Interpretar não é compreender: um estudo preliminar sobre a interpretação de texto. In: LEFFA, Vilson J.; ERNST, Aracy (Orgs.). *Linguagens: metodologia de ensino e pesquisa*. Pelotas: Educat, 2012, p. 253-269.

⁶⁰¹ LEFFA, Vilson J. Interpretar não é compreender: um estudo preliminar sobre a interpretação de texto. In: LEFFA, Vilson J.; ERNST, Aracy (Orgs.). *Linguagens: metodologia de ensino e pesquisa*. Pelotas: Educat, 2012, p. 253-269.

⁶⁰² ROSENBLATT, Louise M. The transactional theory of reading and writing. In: ALVERMANN, Donna E.; UNRAU, Norman; RUDDALL, Robert B. *Theoretical models and processes of reading*. Newark, DE: International Reading Assoc., 2013, p. 1369.

interacional, o discurso interpretado se constrói em conexão com outros fatores cognitivos, tais como a ativação do conhecimento prévio, o conhecimento compartilhado e a realização de inferências. A atividade da interpretação jurídica demanda conhecimento prévio da ciência jurídica, por isso ela é privativa do cientista jurídico. A compreensão não, ela demanda apenas conhecimento linguístico e capacidade de raciocínio para prover de sentido os signos linguísticos.

Isso posto, uma pergunta que necessita ser mais bem analisada é: o que é interpretar? Em resumo, a interpretação refere-se a uma associação de um sistema sintático a um semântico. Um sistema sintático, na sua forma mais simples, é um algoritmo que gera correntes de elementos e discrimina entre as aceitáveis e as inaceitáveis. Imagine-se, por exemplo, um sistema *Alfa*, composto pelos elementos XYZ.⁶⁰³

Uma sintaxe (conjunto de símbolos) pode governar diversos fenômenos, por exemplo, a transformação de grafite em diamante. A transformação dos diamantes obedece a uma regra sintática, mas não às regras de um sistema de signos, pois este se caracteriza por uma sintaxe e por uma semântica. Assim, um sistema de signos é a relação estabelecida entre um sistema sintático (XYZ) e outro sistema de signo (ABC), que, juntos, organizam os elementos.⁶⁰⁴ Segundo Eco, “quando se associa um sistema sintático a um sistema semântico, podem ser interpretadas todas as correntes permitidas pelo sistema sintático”.⁶⁰⁵

No exemplo dado acima, o conjunto XYZ pode significar flor vermelha com espinho, mas pode ser interpretado como rosa, pode ainda ser interpretado por um exemplar da flor vermelha ou por uma imagem que represente a flor.⁶⁰⁶ “Num sistema semiótico, qualquer conteúdo pode tornar-se, por sua vez, uma nova expressão que pode ser interpretada ou substituída por outra expressão”.⁶⁰⁷

O problema é que esse processo de substituição das expressões pode ser desenvolvido *ad infinitum*, ou pelo menos de forma indefinida e “quando usamos um dado sistema de signos tanto podemos recusar-nos a interpretar as suas expressões como escolher as interpretações mais adequadas de acordo com os diversos contextos”.⁶⁰⁸

⁶⁰³ ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 247.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 247.

Humberto Eco discorda das teorias contemporâneas da leitura como atividade desconstrutiva que entendem que não há limites para interpretação. Embora o mencionado autor não seja signatário de uma teoria que admita como correta uma única interpretação possível para um texto, uma vez que se filia à Teoria Aberta da interpretação, o fato é que Eco tenta construir obstáculos para a interpretação livre e ilimitada do intérprete.

As teorias modernas de semiótica tomam a escrita como exemplo supremo de semiose e “todos os textos escritos (ou falados), são vistos como máquinas que produzem uma ‘derivação infinita do sentido’”.⁶⁰⁹ Essas teorias contemporâneas compreendem que um texto, depois de separado do seu emissor (bem como da intenção do emissor), das consequências e do seu referente subentendido, “flutua (por assim dizer) no vácuo de um espaço potencialmente infinito de interpretações possíveis. Por consequência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado e definido, original e final”.⁶¹⁰

A teoria da recepção surgiu nos anos de 1960 como resposta ao radicalismo das interpretações estruturalistas que restringiam o texto a sua objetividade linguística. Eco explica as principais características dessa teoria:

A teoria da recepção tem nascido como reação: 1) às rigidificações de certas metodologias estruturalistas que presumiam poder investigar a obra de arte ou o texto na sua objetividade de objeto linguístico e à natural rigidez de certas semânticas formais anglo-saxônicas que presumiam abstrair-se de toda e qualquer situação, circunstância de uso ou contexto em que se emitissem os sinais e os enunciados – era o debate entre a semântica de dicionário e a semântica de enciclopédia.⁶¹¹

Eco concorda que “a linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual.”⁶¹² Porém ele admite que os termos lexicais (definidos pelo dicionário) do texto sejam limites intransponíveis para o intérprete. Nesse aspecto, o sentido literal ganha força. Assim, para Eco, “nenhuma teoria da recepção poderá evitar esta restrição preliminar. Todo e qualquer ato de liberdade do leitor só poderá vir depois e não antes da aplicação desta restrição”.⁶¹³

⁶⁰⁹ ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 8.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 24.

⁶¹² *Ibidem*, p. 12.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 12.

É importante esclarecer que a limitação proposta por Eco tendo como um dos parâmetros a interpretação literal não é o mesmo que entender que há um único sentido na obra, o literal. A manifestação de Eco trasladada a seguir é fundamental para se compreender o pensamento desse autor.

Não há ninguém mais favorável do que eu a abrir as leituras, mas o problema é, contudo, o de estabelecer o que se deve proteger para abrir e não que se deve abrir para proteger. A minha opinião é que, para se interpretar a história de Reagan, mesmo na sua versão narrativa e para sermos autorizados a extrapolar dela todos os sentidos possíveis é necessário, em primeiro lugar, captar o fato de o presidente dos USA ter dito – gramaticalmente falando – que pretendia bombardear a URSS. Se não compreender isso não se compreenderá sequer que (a não pretender fazê-lo, conforme ele mesmo admitiu) tinha estado a brincar.⁶¹⁴

Percebe-se assim que Eco compreende que a interpretação literal é um procedimento inicial da interpretação, ou seja, mera compreensão do texto, e que, para extrapolá-la, o intérprete precisa, primeiro, compreender o texto, não sendo possível simplesmente ignorar os termos lexicais. Por exemplo, no caso em que o STF estendeu as garantias da inviolabilidade das casas para as barracas, não é que o termo lexical “casa” foi ignorado, mas sim que, após ser compreendido, verificou-se a necessidade interpretativa de ampliar o sentido do termo casa para um mais amplo do que o previsto no dicionário.

Embora Eco tente limitar o texto pela via da interpretação literal, ele encontra dificuldade em definir a literalidade como limite palpável e objetivo, tanto assim que admite como exceção a essa regra os casos de metáforas, uma vez que, nesse caso, o sentido literal restringe o texto de qualquer sentido ou mesmo o impede de transmitir a mensagem pretendida.

O que Eco tenta demonstrar é que em toda interpretação existem limites léxicos que precisam ser respeitados. Esses limites, segundo Eco,⁶¹⁵ são aqueles realizados pelo “homem da rua”. A fim de demonstrar esse ponto de vista, esse autor utiliza o exemplo de John Wilkins, no qual um escravo entregava a um amigo do seu amo uma cesta de figos e uma carta, emitida pelo amo, detalhando o conteúdo da cesta. Após Eco apontar inúmeras interpretações possíveis e diversas situações imaginárias

⁶¹⁴ ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 33.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

diferentes que extrapolam o texto, conclui que figo não pode ser interpretado de forma diferente de “um tipo de fruta assim ou assado”.⁶¹⁶

O problema é que o próprio Eco reconhece que esse limite não é tão simples de ser aplicado nas metáforas. Nessas é bem possível que o “figo” signifique outra coisa completamente diferente. Por exemplo, quando Eva comeu a maçã e a ofereceu a Adão, o signo “maçã” pode ser interpretado de inúmeras maneiras diferentes além de um tipo de “fruta assim ou assado”.

Esse problema se repete nos termos técnicos, muitas palavras são utilizadas tecnicamente num sentido muito mais complexo do que a compreensão oriunda do homem médio (homem das ruas de Eco), e o problema se agrava na interpretação da Constituição, que é um texto não técnico que deve ser interpretado tecnicamente.

Neste momento, já é possível fazer a seguinte análise: a interpretação incide sobre o texto, logo o texto é o objeto da interpretação. Interpreta-se algo. Por vezes, o texto também é parâmetro da interpretação, nesse caso ele nunca atua de forma isolada, apenas o conjunto texto e contexto forma um limite objetivo para o intérprete, pois, caso ele extrapole os dois, surge um novo objeto, o que desconfigura o objeto inicial.

Por exemplo, se uma pessoa contrata um marceneiro para revitalizar uma mesa, esse profissional poderá dar inúmeras novas interpretações para aquele signo, mas não poderá transformá-lo numa cadeira ou num banco, sob pena de não atender aos anseios do cliente, que precisa de uma mesa. Logo o significado lexical de mesa é útil para delimitar até onde o carpinteiro pode ir. Diferente seria se o mesmo cliente entregasse a mesma mesa e pedisse ao marceneiro para surpreendê-lo. Nesse caso, o signo mesa poderia ser transformado em qualquer coisa, até numa peça de decoração.

Todavia, se o sujeito, leigo, ao invés de uma mesa quer um retrato e resolve contratar um artista para fazê-lo, é fato que ele espera que, por mais criativo que o artista seja, o quadro deverá de alguma forma remeter à sua imagem. Ocorre que essa imagem poderá variar significativamente de acordo com o artista contratado. Suponha-se que seja um artista renascentista, com certeza o quadro refletirá como um espelho o modelo utilizado para a pintura, se for um cartunista, o desenho ainda lembrará o contratante dos serviços, mas e se for um surrealista? Basta ver o autorretrato de Dalí para ver a dificuldade de se falar que o objeto (modelo) é um limite objetivo para a interpretação artística.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

O problema não está restrito às obras de arte. Na psicanálise, é comum a interpretação dos sonhos, é uma forma de analisar o inconsciente de uma pessoa. Se o objeto do sonho é o signo cobra, “réptil da ordem dos ofídios, em especial da família dos Colubrídeos, de corpo comprido e em forma de cilindro, coberto de escamas e sem membros, que pode ser venenoso; serpente”,⁶¹⁷ dificilmente, o objeto será um limite objetivo para interpretação. Pode acontecer de o réptil se referir a uma pessoa, o que, lexicamente, não seria possível.

Isso demonstra que nem sempre o texto é um limite objetivo para interpretação, mas ele sempre será objeto da interpretação. Se a interpretação incide sobre algo, esse algo, algumas vezes, terá o escopo de deixar adstrito a sua margem de incidência, sob pena de se desconfigurar, mas isso, por si só, não o transforma em limite objetivo, pois, muitas vezes, o intuito da interpretação é justamente reconfigurar o signo original num novo signo, por exemplo, identificar quem era a cobra no sonho do paciente. Essa é a grande dificuldade de conciliar as duas funções do texto, ele é objeto da interpretação, mas também o seu parâmetro.

Nem sempre a norma equivale a determinado enunciado normativo, “a norma é a expressão objetiva de uma prescrição formulada pelo legislador que não se confunde com aquilo que comumente chamamos de lei.”⁶¹⁸ As normas são extraídas das proposições jurídicas, uma vez que estas são instrumentos reveladores de normas.⁶¹⁹ Marco Aurélio Greco sintetiza o assunto da seguinte forma:

Para a descrição de uma norma jurídica (que em si é um comando, uma permissão ou uma atribuição de poder) socorre-se o cientista de uma formulação a que se denomina “proposição jurídica”. Esta, pois, situa-se no plano da Ciência do Direito, sendo uma categoria da razão (e não da vontade, como é a norma) estruturando-se na forma de um juízo hipotético condicional. Observe-se, inicialmente, que a proposição jurídica não prescreve nenhuma conduta, mas descreve uma determinada norma jurídica que prevê essa conduta. Ela serve, assim, para proceder ao conhecimento do objeto da ciência jurídica, mas não possui força imperativa. Quer dizer, a proposição não é um comando, mas descreve um comando.

⁶¹⁷ Dicionário eletrônico Infopédia. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/Cobrona>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

⁶¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 175-204, 2008.

⁶¹⁹ Sobre o assunto, cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 50-6; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22-23; BOBBIO, Norberto. *Teoría geral do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 45-77; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56; MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 16, 2000, p. 42-43.

[...]

Outra observação que cumpre fazer é que importa distinguir três qualidades:

- a) a norma jurídica em si consiste num comando, ou imperativo ou autorização;
- b) a formulação que à norma é dada pelo cientista que é proposição jurídica; e,
- c) a expressão linguística utilizada pelo legislador

As letras “b” e “c” são ambas formulações linguísticas, esta proveniente dos órgãos legislativos e aquela, do cientista, porém somente a do cientista expressa integralmente a norma, uma vez que muitos comandos só podem ser identificados e expressos numa proposição jurídica, mediante a congregação de vários dispositivos contidos em múltiplos textos legais.”⁶²⁰

Não há necessariamente uma correlação entre o enunciado⁶²¹ e a norma⁶²². É possível que de um enunciado se extraia uma única norma jurídica, ou mais de uma norma jurídica. Todavia pode ocorrer que de um enunciado não se extraia nenhuma norma jurídica, nesse caso, a norma estará no conjunto de enunciados. Da mesma forma, é possível que exista norma sem enunciado, como ocorre com os costumes ou princípios implícitos.⁶²³ Nos casos em que um enunciado não configura uma norma, o ato de interpretar é fundamental para a concretização desta.

Assim, um enunciado normativo pode equivaler a uma norma. Em outras situações, de um mesmo enunciado normativo pode-se extrair mais de uma norma ou mesmo pode ser necessário mais de um enunciado normativo para a concretização de uma norma. Dito isso, é possível aproximar os casos em que a norma está descrita claramente em um único enunciado com os casos fáceis. Pense-se, por exemplo, no enunciado normativo “deve-se parar no sinal vermelho”. Trata-se de um comando, logo

⁶²⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Normas jurídicas tributárias*. São Paulo: EDUC, Saraiva, 1974, p. 20-21.

⁶²¹ Proposição e enunciado estão sendo aqui empregados como sinônimos, embora existam autores que os diferenciam: para eles é importante distinguir proposição de enunciado. Este compreende o conjunto de palavras dotadas de sentido, enquanto aquela, o próprio sentido. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 19. Todavia a matéria aqui exposta também é reforçada pelo mesmo autor, uma vez que ele conclui que “um único enunciado pode exprimir mais de uma proposição, como a proposição pode ser composta a partir de mais de um enunciado”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 115.

⁶²² Mesmo que a terminologia utilizada varie, exemplos da distinção entre texto e norma podem ser encontrados em: Alf Ross, *Directives and Norms*, § 9 *et seq.*, p. 34 *et seq.*; Christiane Weinberger / Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, p. 20 e 108; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 42; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 122 *et seq.*; do mesmo autor, *Strukturierende Rechtslehre*, p. 147 *et seq.* GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 71 *et seq.*

⁶²³ Nesse sentido, já lecionava Bentham: “Em que consistem a identidade e a totalidade de uma lei (norma)? O que é uma lei? Quais são as partes de uma lei? O tema das questões, deve-se observar, é o todo lógico, ideal, intelectual, não o todo físico: trata-se da lei, e não da peça legislativa escrita”. BENTHAM, Jeremy. *The principles of morals and legislation*. London: Printed for T. Payne (Republished 1988. New York: Prometheus Books), 1789, p. 122 e 429.

a forma deôntica está presente no enunciado. Desse enunciado se extrai uma única norma, que determina o comando a ser obedecido pelos destinatários dela, no caso, os motoristas. Aqui não há atividade interpretativa, mas mero ato de compreensão do sentido do enunciado. Todavia os defensores de que a interpretação é necessária para se extrair a norma do enunciado defenderão que, nesse caso, o intérprete deve aplicar o método da interpretação literal.

A confusão entre o compreender e o interpretar ocorre em face de assertivas regularmente aceitas como se toda norma demandasse uma interpretação de um texto. Se essa assertiva realmente fosse verdadeira, obrigaria que, para concretizar uma norma, fosse sempre necessária a aplicação de um método jurídico. O problema só aumenta quando se considera a interpretação literal como um método jurídico, pois, nesse caso, acredita-se que, pela simples leitura de um enunciado, mesmo que por um leitor leigo e desavisado, que desconheça esse método jurídico, estar-se-ia aplicando esse método no momento da concretização da norma decorrente daquele enunciado. Essa falácia induz os juristas a acreditarem que, por trás de todo ato de compreensão, existe um método jurídico sendo aplicado, no caso, a interpretação literal, que nada mais é do que o simples ato de compreender algo que está escrito. A interpretação literal não é um método jurídico, embora desde a Escola Histórica de Savigny o termo esteja assim consagrado. Saliente-se que, mesmo que ela fosse considerada um método, não seria jurídico, mas universal, pois todas as ciências a utilizam, uma vez que a comunicação, seja falada ou escrita é intrínseca ao ser humano e está presente em toda forma de manifestação da linguagem.

O fato de o texto ser objeto e parâmetro não significa que a interpretação seja ilimitada, mas sim que o limite não se encontra apenas no texto, está na própria interpretação. Se a norma pode ser representada matematicamente, o erro está em acreditar que se trata de uma operação aritmética de soma, a qual seria assim representada: $N = \text{Texto} + \text{Interpretação}$. É fato que, mesmo nessa formulação, o texto já não seria limite para a interpretação, pois é um dos elementos que compõem a norma. O texto só seria limite se o valor da interpretação fosse sempre zero, caso contrário, qualquer valor que se dê à interpretação faria com que os limites do texto fossem alterados.

Além disso, aceitar a fórmula $N = \text{texto} + \text{interpretação}$ equivale a adotar uma perspectiva realista do direito, pois, nesse cenário, não existe norma antes da atividade interpretativa, logo não há direito preexistente à atividade do intérprete. O

direito sempre será aquilo que o intérprete diz que é. Uma vez que o intérprete final é sempre o Judiciário, a norma passa a ser aquilo que ele diz que é. Antes da palavra final do Poder Judiciário, apenas existem textos, desprovidos de qualquer força normativa. Nessa visão, também não existe o fenômeno da mutação constitucional como instituto autônomo da interpretação, ambos se confundem, sendo que a mutação não seria a alteração da norma sem alteração do texto apenas. Esse atributo de alterar a norma mantendo o texto intacto é uma característica da interpretação, a mutação teria um papel de coadjuvante, pois se caracterizaria como uma nova interpretação de uma norma anteriormente concretizada de um enunciado, fazendo surgir uma nova norma, que perdurasse no tempo. O que diferenciaria os institutos, nesse cenário, seria apenas o decurso do tempo.

Alguns doutrinadores, como Eros Grau, afirmam que toda a sociedade é intérprete, desta forma a todos compete concretizar a norma extraída dos textos via processo interpretativo, sendo que o Poder Judiciário daria sempre a última palavra, pelo fato de ele ser o intérprete autêntico.⁶²⁴ Na visão de Eros Grau, todas as normas são vagas e indeterminadas, logo necessitam da interpretação. Isso quer dizer que as regras do jogo, utilizando a expressão de Hart,⁶²⁵ nunca são realmente conhecidas pela sociedade, sendo que, no final, a decisão do Poder Judiciário seria algo como “qualquer coisa vai,”⁶²⁶ logo, percebe-se, que essa vertente de pensamento não se afasta, em última análise, do realismo jurídico radical.

Na verdade, essa corrente confunde o interpretar com o compreender, como se qualquer atividade cognitiva demandasse a interpretação, ou seja, uma pessoa só conseguiria entender o que um texto diz caso ela realizasse uma atividade laborativa chamada interpretação. É como se, sem a interpretação, não fosse possível compreender qualquer significado do texto; sem a interpretação, o texto não tivesse sentido, fosse vago e confuso, podendo significar qualquer coisa.

Esse raciocínio conduz a outro problema: o Judiciário também se manifesta na forma de textos (sentenças e acórdãos). Nesse sentido, o problema da vagueza do

⁶²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

⁶²⁵ HART, Herbert LA. O conceito de direito, tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 315.

⁶²⁶ A expressão é aqui utilizada em clara referência a Paul Feyerabend, que defende que “não existem princípios metodológicos racionais, porém apenas que, se temos de ter princípios metodológicos universais, terão que ser tão vazios e indefinidos como ‘qualquer coisa vai’; qualquer coisa vai não expressa nenhuma convicção minha, é um sumário jocoso da condição racionalista”. FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 179 e 297.

texto não é solucionado, pois os próprios autores que fundamentam esse discurso de que a interpretação é tudo utilizam como exemplo a literatura, logo, por mais detalhados que sejam os textos, eles necessitariam sempre da incidência de uma atividade interpretativa para serem compreendidos. Isso quer dizer que o simples fato de uma autoridade judiciária pormenorizar um texto, a ponto de concretizá-lo de forma detalhada, não afastará a incidência futura da interpretação, tendo em vista que a vagueza e a incerteza são características, nessa corrente, de todo o texto, sendo que, como dito, sentenças e acórdãos também são textos. Uma vez que toda sentença e todo acórdão têm um destinatário, para que sejam compreendidos e cumpridos, esse destinatário deverá interpretar o que aquele texto quer dizer.

Essa linha de raciocínio conduz ao fato de que a concretização da sentença ou do acórdão demanda atividade interpretativa daquele que irá cumprir a decisão. Uma vez que, na maioria das vezes, quem cumpre as decisões judiciais são os oficiais de justiça, chegar-se-ia à conclusão absurda de que o intérprete final é o concretizador da última norma (sentença ou acórdão). Em suma, aquele que daria a última palavra do que aquele texto (sentença ou acórdão) realmente disse seria o oficial de justiça. Nesse cenário, sentenças e acórdão não são normas, são textos que substituem os textos originais dos enunciados. Seria como se os enunciados fossem textos gerais, as sentenças e acórdãos seriam textos individualizados, porém ainda não seriam normas, pois ainda estariam pendentes do ato interpretativo final do destinatário do texto. A norma surgiria da atividade do destinatário final do texto individualizador, no momento do seu cumprimento, pois só aí se teria o sentido final do texto, portanto, a norma. Esta só surgiria quando não houvesse mais âmbito para a interpretação, após a execução e o exaurimento da sentença ou acórdão.

Ninguém chegaria tão longe a ponto de afirmar que o oficial de justiça é o intérprete autêntico, ou estaria defendendo então que o direito é aquilo que o oficial de justiça diz que é. Assim, restam as dúvidas: por que os enunciados normativos são tão vagos e repletos de incerteza e as decisões judiciais, por outro, são tão certas e concretas que não demandam interpretações? Por que os textos judiciais são tão claros e precisos que, a partir deles, não é mais necessária a atividade interpretativa? Por que a necessidade da interpretação cessa magicamente após a manifestação do Poder Judiciário e os seus próprios textos são claramente compreendidos pela sociedade? Nesse caso, ou a compreensão de um texto demanda sempre uma atividade interpretativa e isso tende ao infinito, logo nunca se chegaria ao intérprete final

enquanto aquele intérprete intermediário se manifestar por qualquer espécie de linguagem, ou há possibilidade de que o texto seja apenas compreendido, sem que ocorra a atividade interpretativa.

Nesse caso, a interpretação não seria vista como compreensão pura e simples do que está escrito, ela seria alguma atividade mais trabalhosa que permitiria alterar o sentido ou o significado original de um enunciado inicialmente compreendido de uma forma. Nesse cenário, o oficial de justiça apenas compreende o que está exposto no dispositivo da sentença e do acórdão e o cumpre, uma vez que a norma já foi concretizada na decisão e não compete a ele interpretar tal decisão, mas apenas compreendê-la e cumpri-la.

Dessa forma, fica claro que a adoção da tese de que toda norma demanda interpretação significa adotar a tese realista. Muitos positivistas, no Brasil, adotaram essa tese⁶²⁷ influenciados por Guastini, que é realista,⁶²⁸ sem perceber que ela é incompatível com o positivismo jurídico, pois afasta a força normativa dos enunciados e fulmina a existência de direito preexistente à manifestação dos tribunais. Isso não quer dizer que a atividade dos tribunais seja indiferente para o sistema normativo. Kelsen já defendia que alguma medida de eficácia é fundamental para que um sistema jurídico esteja em vigor, e essa não depende apenas do fato de a população em geral conformar-se com o direito, mas também da aplicação do direito pelos tribunais. O mesmo entendimento é reforçado por Hart, ao defender que é necessário um mínimo de aceitação do conteúdo das normas por parte das autoridades. A aplicação do direito é fundamental para a existência do direito, mas isso não quer dizer que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

O erro da fórmula apresentada está no fato de que a norma não deve ser vista como um resultado de uma operação de adição. Na verdade, trata-se de uma operação de multiplicação, na qual $N = \text{Texto} \times \text{Interpretação}$, sendo que a interpretação pode ser representada numa função, que variará dentro de um espaço delimitado, por exemplo, de 0 a 2.⁶²⁹ Essa função varia de acordo com o que é preestabelecido como

⁶²⁷ Dentre eles, Humberto Ávila. Cf.: Outros autores, como Lênio Streck, criticam o realismo, mas também adotam a mesma fórmula que conduz ao raciocínio realista.

⁶²⁸ Realmente há dúvidas se Riccardo Guastini continua adotando a corrente do seu mestre, que era um realista radical ou se, a partir do seu livro *Repensando o Direito*, ele passou a adotar a teoria cética moderada.

⁶²⁹ A intenção com a presente fórmula é apenas elucidar o raciocínio utilizado. Em momento algum se pretendeu que a fórmula fosse aplicada a casos concretos. O uso da fórmula é apenas para fins didáticos, tanto que a fórmula matemática apresentada desconsidera o fato de não existirem infinitas interpretações possíveis, pois há limites para interpretação. A fórmula desconsidera esses limites ao utilizar a função

aceitável, dentro de determinado contexto. Retornando ao exemplo do sujeito que contrata um pintor para realizar o seu retrato, a variável da função interpretativa de um artista surrealista é infinitamente maior do que a de um renascentista, mas, ainda assim, há limites para aquilo que outros artistas ou críticos de arte consideram um retrato. É claro que toda interpretação está restrita ao tempo, o que era aceito como retrato no período iluminista é muito diferente do que o é atualmente.

Dessa forma, o limite não está apenas no objeto, embora o objeto, algumas vezes, exerça essa função, juntamente com o contexto, mas também está na interpretação. A interpretação poderá desconfigurar ou modificar o objeto inicial, embora nem sempre o faça. Muitas vezes, a função terá valor igual a 1, são os casos de mera compreensão; outras vezes, ela poderá anular a norma, terá valor 0, são os casos de controle de constitucionalidade ou qualquer outro ato que anule a norma; ela poderá, ainda, ser de tal forma alterada que o texto e o contexto, inicialmente analisados, não se adequem à nova norma criada, são os casos de mutação inconstitucional. Em outros, a nova norma não se enquadra plenamente no texto, embora seja, de alguma forma, vinculada a ele, mas se encaixa no contexto, o que configurará um caso de interpretação criativa ou de mutação constitucional, a depender, pois, para identificar o fenômeno corretamente, é necessária ainda a configuração de outra variável, a estabilidade temporal. Para exemplificar, utilizar-se-á, novamente, o exemplo da proteção da inviolabilidade da casa estendida para a barraca. “Barraca” não se encaixa no texto casa, ela o supera, embora esteja, de alguma forma, vinculada a ele. Porém a proteção da intimidade – contexto – enquadra-se na nova interpretação, logo não há mutação inconstitucional. O caso se referirá à mera interpretação criativa ou mutação constitucional.

O problema passa a ser como limitar o excesso de interpretação. Esse excesso prejudica o sentido do texto, porém Eco propõe o critério da economia, uma vez que, normalmente, a interpretação literal não é o ato final da interpretação, mas o seu início.

O critério da economia opera nos casos em que o excesso de interpretação produz um dispêndio exacerbado de energia hermenêutica não comportado pelo texto.

como parâmetro para a interpretação, pois uma função é sempre algo que tende ao infinito. Todavia o fato de utilizar uma representação que tende ao infinito é justamente para tentar alcançar a mutabilidade das interpretações, pois, com o passar do tempo, surgem novas interpretações aceitáveis. A intenção principal é apenas demonstrar que a interpretação estaria atuando dentro de um intervalo, porém, como se sabe, toda função tende ao infinito. Se for aplicar a fórmula a ferro e fogo, ter-se-á que aceitar que existem infinitas interpretações, premissa essa refutada no presente trabalho.

Trata-se de um “apelo ao senso comum e ao princípio do menor esforço, recorro que não existem outros modos para decidir da *intentio* de um texto, quando o texto é ao mesmo tempo objeto e parâmetro das suas interpretações”.⁶³⁰

A dúvida que remanesce é como opera esse princípio do menor esforço e se o mesmo princípio pode ser utilizado pela comunidade jurídica como instrumento limitador da interpretação. Eco define o menor esforço como aquilo que poderá ser aceito por uma “comunidade de intérpretes, destinada a alcançar um acordo qualquer, se não sobre as interpretações melhores, pelo menos sobre a rejeição das insustentáveis”.⁶³¹

Desta forma, percebe-se que, embora existam inúmeras interpretações possíveis, nem todas são corretas, algumas são claramente insustentáveis pelo texto e pelo contexto. As boas interpretações são frutos do consenso da comunidade de intérpretes; as más interpretações são aquelas que não foram capazes de convencer um auditório específico; no caso do direito, o auditório é a comunidade jurídica. Nesse cenário, a Teoria da Argumentação Jurídica ganha força. Claro está que a noção de uma semiótica ilimitada não leva à conclusão de que a interpretação não tem critérios.

Dizer que a interpretação (enquanto categoria básica da semiótica) é potencialmente ilimitada não significa que a interpretação não tenha objeto e que corra por conta própria. Dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz. Até o desconstrucionista mais radical aceita a ideia de que há interpretações inaceitáveis. Os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto.⁶³²

Eco fundamenta o seu pensamento em Popper e se utiliza da teoria da falseabilidade a fim de demonstrar que pode não haver regras para definir uma boa interpretação, mas existem algumas regras que regulam as más. Para Popper, as teorias científicas são apenas invenções humanas e devem estar perpetuamente sujeitas à revisão. Daí a ideia de falseabilidade de Popper. A ciência não poderia ser baseada em metodologia indutivista. Popper propôs a falseabilidade como a solução do problema da indução. Ele mostra que um enunciado existencial singular como “este cisne é branco”, não pode ser usado para afirmar um enunciado universal, e sim para mostrar que determinado enunciado universal é falso: a observação existencial singular de um cisne

⁶³⁰ ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 12.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 247.

⁶³² ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 12.

negro serve para mostrar que o enunciado universal "todos os cisnes são brancos" é falso.⁶³³

No caso dos textos, existe pelo menos uma prova que deve ser levada em consideração – a isotopia relevante – que se caracteriza como “um complexo de categorias semânticas múltiplas que possibilitam a leitura uniforme de uma história”.⁶³⁴ A ideia de uma análise do contexto geral do texto, daquilo que é tratado pelo autor, do tema, do mote do texto, não pode ser desconsiderada pelo intérprete.

Quando se interpreta um texto, existe uma “obrigação intelectual” de respeitar o seu pano de fundo cultural e linguístico. Assim, um texto é feito para um leitor-modelo, que, em todas as etapas da leitura, deve considerar as pistas fornecidas, destacando as estratégias semióticas que devem ser levadas em consideração, dentre elas a coerência interna e geral do texto. O contexto, que é um limitador da interpretação, pode ser conceituado como “o ambiente em que uma dada expressão ocorre justamente com outras expressões pertencentes ao mesmo sistema de signos”.⁶³⁵ Assim, a própria interpretação literal ou mera compreensão deve ser utilizada em conjunto com a interpretação sistemática, desde que ela não seja aplicada em um único texto de forma absoluta, mas sim no sentido de harmonizar, de dar coerência ao contexto, sendo este compreendido, no direito, preferencialmente, como o conjunto de artigos e princípios que compõem o ordenamento jurídico referente àquele tema específico a ser interpretado, preferencialmente, porque o sentido não é unívoco.

Na Teoria Aberta de Umberto Eco, a obra tem um caráter aberto, suas principais características são a ambiguidade e a autorreflexibilidade, de tal maneira que, ainda que tomada uma forma fechada como um organismo equilibrado, “é também aberta, isto é, passível de mil interpretações diferentes, sem que isso redunde em alteração da sua irreproduzível singularidade”.⁶³⁶ O receptor ocupa um lugar privilegiado, já que, a cada fruição, o intérprete produz “uma interpretação e uma execução, pois, em cada fruição, a obra revive dentro de uma perspectiva original”.⁶³⁷ Porém há limites para a Teoria Aberta, a fim de evitar um excesso de interpretação não congruente. A interpretação que não respeita esses limites será falseada, logo não poderá ser admitida pela comunidade para a qual aquele texto é dirigido.

⁶³³ POPPER, K. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 161.

⁶³⁴ ECO, *op. cit.*, p. 73.

⁶³⁵ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990, p. 305.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 40.

A iniciativa do leitor consiste em fazer uma conjectura sobre a *intentio operis*. Esta conjectura tem de ser aprovada pelo conjunto do texto com um todo orgânico. Isto não significa que sobre um texto se possa fazer uma única conjectura interpretativa. Em princípio podem fazer-se infinitas. Mas no fim as conjecturas deverão ser aprovadas com base na coerência do texto e a coerência textual só poderá desaprovar certas conjecturas avançadas.⁶³⁸

A intenção da obra está correlacionada com a intenção do intérprete. Toda leitura baseia-se numa mistura desses dois critérios, um depende do outro: o texto precisa de um leitor intérprete para lhe dar significado e o leitor precisa do texto, inserido num contexto, para limitar a sua capacidade criativa.

Assim, é forçoso concluir que o limite da interpretação é o contexto de determinado texto. Além disso, todo intérprete deve observar o critério da economia. Toda vez que uma determinada interpretação não observar esses dois requisitos, ela deve ser falseada, ou seja, ela deve ser afastada. Caso essa interpretação prevaleça, não se estará mais no âmbito da interpretação do direito, mas sim no âmbito da criação do direito. Nesse cenário é que surgem mutações inconstitucionais em potencial.

Uma última pergunta ainda necessita ser resolvida. Se o contexto compõe o limite da norma, nada adiantaria existirem infinitos contextos, pois, nesse caso, estar-se-ia admitindo a existência de infinitas interpretações a variarem de acordo com o contexto que se queira atribuir ao texto. Logo, se uma interpretação pressupõe um contexto, qual é o limite do contexto jurídico?

É fundamental compreender que toda interpretação ocorre em um determinado contexto. A Constituição e a realidade social caminham lado a lado, a “realidade fática e a normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade”.⁶³⁹

As palavras somente adquirem sentido por meio do seu uso compartilhado, o que reforça a historicidade e a intersubjetividade em um determinado diálogo. O compreender é marcado por um contexto sócio-histórico, dessa forma, o significado do signo depende do contexto social em que ele está imerso.⁶⁴⁰

No mesmo sentido, Alf Ross defende que toda interpretação tem seu ponto de partida na combinação com o contexto. “É, pois, errôneo crer que o ponto de partida

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁶³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150.

⁶⁴⁰ PEDRA, Adriano Sant'ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 42.

são as palavras individuais consideradas em seu significado linguístico natural”.⁶⁴¹ Os ensinamentos de Ross são reforçados por Genaro Carrió, que defende que o contexto linguístico e a situação humana moldam o significado e o sentido das palavras.⁶⁴²

Dessa forma, claro está que qualquer lei pressupõe um conjunto de contextos interpretativos preexistentes, sem os quais essas mesmas leis não produziriam os menores efeitos almejados.⁶⁴³ Por essa razão, François Ost enumera três visões de contexto possíveis.

A primeira visão de contexto refere-se à própria linguagem, a linguagem jurídica e a linguagem usual. É fato que nenhum legislador ou intérprete pode tornar-se inteiramente dono da sintaxe, da semântica ou do léxico. Há um limite aceitável, compartilhado por profissionais da área jurídica, do significado de um determinado signo.⁶⁴⁴ “Convém ainda perceber que, para além das convenções linguísticas explícitas, opera qualquer coisa como um ‘discurso invisível’, uma cultura jurídica de segundo plano que determina como manejar as convenções do discurso oficial”.⁶⁴⁵ Esse discurso invisível determina, pelo menos em parte, o sentido do texto, uma vez que há uma pré-expectativa dessa comunidade sobre o alcance da norma e o que é uma boa ou má leitura de um determinado texto.

A segunda visão de contexto é o sistema jurídico, que preexiste à edição de uma lei e mesmo à prolação de uma determinada sentença. Não se está aqui a negar a possibilidade de que essa lei ou essa nova interpretação a ser dada a uma determinada lei não possa alterar marginalmente o sistema, mas sim que esse contexto faz com que o intérprete tenha a noção exata das limitações existentes em um determinado tempo e espaço, em face de inúmeras noções consolidadas de princípios, regras e procedimentos, sob as quais, necessariamente, qualquer novo elemento será analisado. Em suma, o segundo contexto é o caldo no qual o novo instituto (ou a nova visão) será imerso. Trata-se do instituto da tradição jurídica, uma vez que ela é institucionalizada e explicitada pela via normativa.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru, S.P.: Edipro, 2003, p. 174-175.

⁶⁴² CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre o derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Lexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 29.

⁶⁴³ KRYGIER, Martin. The Traditionality of Statutes. *Ratio Iuris*, v. 1, n. 1, p. 20-39, Mar. 1988, p. 27 *et seq.*

⁶⁴⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 99.

⁶⁴⁵ KRYGIER, Martin. The Traditionality of Statutes. *Ratio Iuris*, v. 1, n. 1, p. 20-39, Mar. 1988, p. 27 *et seq.*

⁶⁴⁶ OST, *op. cit.*, p. 99-100.

Segundo a terceira visão, o contexto refere-se exatamente aos destinatários especializados: a administração, o poder judiciário, a doutrina. A mudança jurídica acaba sendo filtrada pela comunidade jurídica, que, invariavelmente, atua como um freio a mudanças demasiadamente brutas, logo a coerência, a estabilidade e a racionalidade atuam como uma ponte que liga a tradição jurídica anterior à atualidade do litígio.⁶⁴⁷

Dessa forma, o contexto atua no texto limitando a gama possível de escolhas do intérprete. Além disso, uma vez que o sistema é hierarquizado, mesmo que, num primeiro momento, o contexto seja desconsiderado por um intérprete isolado, por meio do recurso, é possível que essa força invisível atue dentro do sistema, alterando interpretações iniciais que extrapolaram o seu âmbito de incidência.⁶⁴⁸

4.9 Os limites da mutação constitucional oriundas da interpretação

A partir do até aqui exposto, é possível verificar que o limite da mutação constitucional oriunda da interpretação normativa é o mesmo que o da interpretação, discutido no tópico anterior. O intérprete está adstrito ao texto, uma vez que a norma, ao ser efetivada via interpretação, necessita estar, de alguma forma, vinculada ao texto, mas ainda ele deve observar não só o contexto, como também o critério da economia.

Porém, para entender melhor a questão, é necessário conceituar mutação via interpretação. Para tanto, utilizar-se-á a classificação de Riccardo Guastini, já apresentada no tópico 4.8.2 deste capítulo, *Interpretação como ato de vontade*. Para Guastini, a interpretação se classifica em três categorias distintas:

- I) A interpretação cognitiva, ou interpretação-conhecimento, que consiste em identificar os possíveis e diferentes significados de um texto normativo.
- ii) A interpretação decisória, ou interpretação-decisão, que consiste em escolher um determinado significado no âmbito dos significados identificados (ou identificáveis) por meio de uma interpretação cognitiva, descartando as restantes.
- iii) A interpretação criativa, ou interpretação-criação, que consiste em atribuir a um texto um significado “novo”, não compreendido entre os significados identificados (ou identificáveis) por meio da interpretação cognitiva.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁴⁸ KRYGIER, Martin. The Traditionality of Statutes. *Ratio Iuris*, v. 1, n. 1, p. 20-39, Mar. 1988, p. 27 *et seq.*

⁶⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 43-44.

Nos dois primeiros casos, têm-se realmente o instituto da interpretação, logo, mesmo quando é possível a realização de escolhas discricionárias pelo intérprete, dentre os vários significados possíveis do texto, esses casos, em regra, não configuram mutação, mesmo que o intérprete, em momento posterior, altere o seu entendimento original e opte por outro significado, dentre vários outros possíveis. Nesse caso, o limite da interpretação é o texto, o contexto e o critério da economia. O limite aqui significa que, se o intérprete observar a linha divisória traçada, estará atuando dentro da atividade meramente interpretativa.

A interpretação cognitiva é igual à definição léxica (reconhecimento dos usos linguísticos efetivos). A interpretação decisória corresponde à redefinição do conceito. A interpretação criativa se assemelha à definição estipulada (introdução de um significado novo, não usual). Sobre a interpretação criativa, Riccardo Guastini tece interessante observação na qual destaca a raridade do fenômeno no mundo jurídico.⁶⁵⁰

A interpretação criativa é um fenômeno muito raro. O que na maioria dos casos, o que parece intuitivamente ser uma interpretação criativa consiste em extrair do texto normas não expressas (ditas implícitas) por meio de argumentos pseudológicos, é dizer, mediante raciocínio não dedutivo e, por tanto, não estritos e concludentes. Dita operação não é, estritamente falando, um ato de interpretação: se trata de um verdadeiro ato de criação normativa, cujo nome mais apropriado é, talvez, construção jurídica.⁶⁵¹

Neste momento, é importante recordar o conceito detalhado logicamente por Guastini, como caracterizador da interpretação criativa: “a interpretação criativa se expressará mediante um enunciado do tipo ‘D significa N_3 ’⁶⁵², sendo que o texto apenas permite concluir que D significaria N_1 ou N_2 .” Assim, é fácil perceber que toda interpretação criativa é uma interpretação que não observa os limites textuais estipulados para ela quanto ao texto, mas isso não quer dizer, por si só, que a nova norma fira o contexto.

Desta forma, a interpretação criativa, como ensina o próprio Riccardo Guastini, não se refere ao instituto da interpretação propriamente dito, mas sim à criação do direito. Os seus limites são um pouco mais dilatados, pois se configuram como certa vinculação com o texto, pelo fato de que a nova norma extraída não se enquadra entre as escolhas inicialmente possíveis de serem efetuados em face do texto, mas, de algum

⁶⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 43-44.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 44.

modo, relacionam-se com o texto, ainda que de forma implícita. Todavia podem ocorrer interpretações criativas de forma *ex nihilo*, sem nenhuma vinculação com nenhum texto. Enquanto as primeiras podem gerar mutações constitucionais ou inconstitucionais, a depender do contexto, as segundas serão sempre inconstitucionais, toda vez que o Judiciário não estiver autorizado a assim agir. Toda interpretação criativa é uma mutação em potencial, pois, como visto, a interpretação criativa escolhe discricionariamente uma norma que não se encontra na moldura, assim, de alguma forma, ela modifica a moldura inicial.

O que irá enquadrar a interpretação criativa como mutação constitucional ou inconstitucional é o fato de ela ter certa vinculação com o texto e respeitar os limites estipulados pelo contexto.

Neste momento, é possível diferenciar o instituto da interpretação do instituto da mutação constitucional, isso porque não é toda interpretação que acarreta mutação constitucional. O conceito de mutação, como foi percebido por Böckenförde, é realmente mais restrito. Essa diferenciação pode ser auferida a partir de um aprofundamento da inovação política. Porém, na maioria dos casos de interpretação, não está presente o requisito da inovação política, por isso a mutação, oriunda da via interpretativa, é algo excepcional.

A tese das fontes pode auxiliar a aprofundar no tema da inovação política e relacioná-la ao conceito de mutação constitucional, ao ponto de diferenciá-la da mera interpretação. Segundo Hart, “a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral.”⁶⁵³ Isso não quer dizer que a moral não possa fazer parte do ordenamento jurídico, mas sim que isso apenas ocorre nos casos em que o próprio direito tenha incorporado critérios morais para a sua identificação.⁶⁵⁴

Um sistema jurídico vigente consiste “apenas nas normas que determinado sistema de tribunais é obrigado a aplicar, de acordo com seus próprios costumes e práticas”.⁶⁵⁵ O conceito se completa ao compreender que os tribunais são do mesmo

⁶⁵³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armino Ribeiro Mendes, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 332.

⁶⁵⁴ Essa tese vai de encontro à teoria interpretativa de Dworkin, que defende que o direito envolve necessariamente um juízo moral, uma vez que as proposições jurídicas apenas são verdadeiras, juntamente com outras premissas, se decorrerem daquele conjunto de princípios no qual conferem a melhor justificação moral. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, Introdução. O tema será objeto de aprofundamento no tópico Verdade e direito.

⁶⁵⁵ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 282.

sistema quando eles “têm a prática de reconhecer normas, a partir dos mesmos critérios de validade”.⁶⁵⁶ O sistema jurídico é um sistema de razão para ação, sendo que a sua identidade depende das razões jurídicas de um mesmo sistema. Para que uma razão seja jurídica, ela deve ser aplicada e reconhecida pelos tribunais e estes são obrigados a aplicar as normas de acordo com as suas práticas e costumes. Todavia essas condições não bastam para caracterizar as razões jurídicas, ainda é fundamental que estas sejam tais “que a sua existência e o seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a fundamentos morais”.⁶⁵⁷ Essa condição é a tese das fontes.⁶⁵⁸

Raz explica que se pode dividir em dois estágios a forma como os membros de uma sociedade devem se conduzir. No estágio deliberativo, avalia-se o mérito da ação de diferentes cursos, enquanto, no estágio executivo, a avaliação é excluída. Nesse segundo estágio, remanesce a questão sobre o que fazer, porém como um problema executivo.

Uma vez tomada, no estágio deliberativo, a decisão sobre o que fazer em determinadas circunstâncias, as únicas questões que permanecem são as da memória (que ação foi decidida e sob quais circunstâncias) e as da identificação (se esta ação correspondente àquele tipo específico e se são estas as circunstâncias específicas), bem como um elemento residual de escolha que permanece indiferente quando concluído o estágio deliberativo. (Essa escolha residual permanece porque a deliberação termina sempre com uma conclusão formulada em termos gerais: executar uma ação de determinado tipo em circunstância de determinada natureza. Sempre há mais que uma forma de agir de acordo com tais instruções. O modo pelo qual a aquiescência é assegurada é indiferente do ponto de vista daquela instrução).⁶⁵⁹

Raz é muito claro ao afirmar que as questões de identificação podem depender de avaliações morais, nos casos em que se discute qual solução é mais justa. Porém, todas as vezes em que argumentos morais são necessários para se resolver as questões de identificação, essa discussão pertence, por definição, ao estágio deliberativo. Somente quando a identificação da ação não depender de argumentos morais é que ela pertence ao estágio executivo.

⁶⁵⁶ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 282.

⁶⁵⁷ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 282.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 282.

A teoria das fontes exige, para que haja direito em determinada sociedade, que as instituições judiciais reconheçam a distinção entre o estágio deliberativo e o executivo. Isso quer dizer que os tribunais reconhecem que as questões litigiosas sobre sua administração estão no estágio executivo, logo, não há espaço, em regra, para decisões que se fundamentam em argumentos morais, pois os tribunais reconhecem a legitimidade e validade das decisões tomadas pelas instituições responsáveis por isso no estágio deliberativo.

Os tribunais não entabulam discussões morais sobre a conveniência de considerar determinado fato (por exemplo, uma lei previamente existente) como razão para determinada ação; ao contrário, uma vez que a existência do fato pertinente tenha sido estabelecida por meio de um argumento moralmente neutro, eles o tomam como uma razão que estarão obrigados a aplicar. Apenas as razões que obrigam os tribunais de tal maneira, isto é, apenas as razões executivas, cuja existência possa ser estabelecida invocar argumentos morais, são razões jurídicas. A tese das fontes atribui ao direito o estágio executivo das tomadas das decisões sociais.⁶⁶⁰

Porém o tema demanda maiores esclarecimentos. Em nenhum momento, Raz afirma que argumentos morais não podem ser utilizados pelos tribunais, mas sim que, nesse caso, o tribunal não estará decidindo com base em razões jurídicas, mas atuando dentro do estágio deliberativo no qual, inclusive, podem ser utilizados outros argumentos extrajurídicos para fundamentar a ação. Além disso, as razões jurídicas não se dirigem apenas aos tribunais, mas a todos os tipos de agentes.

Dessa forma, toda vez que os tribunais atuarem dentro da esfera executiva, estarão aplicando o direito preexistente. Contudo, todavia todas as vezes em que o tribunal atuar dentro da esfera deliberativa, estará criando o direito.

Por isso, Raz ensina que, seja qual for o estatuto dos juízos morais a serem adotados pelos juízes, sempre que eles assim o façam, mesmo nos casos em que a própria lei assim o exigir para que determinado direito seja concretizado, essa atuação será sempre um poder discricionário. Logo estar-se no âmbito da criação do direito não converte a moral em direito preexistente⁶⁶¹.

Hart ensina que o poder discricionário judicial decorre da incompletude de todo ordenamento jurídico ou do fato de ele ser parcialmente indeterminado. Há sempre casos juridicamente não regulados, relativamente a determinado ponto; nesses casos,

⁶⁶⁰ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida, São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 283.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 283.

qualquer decisão judicial que incida sobre um desses temas, não importa a direção que a decisão aponte, é uma criação do direito. Nesses casos, o juiz exerce o seu poder discricionário, uma vez que não há direito pré-existente a ser aplicado ao caso concreto.⁶⁶² Essa forma discricionária de decidir incide tanto nos casos de lacunas, como nos casos difíceis. Porém ter o poder de decidir discricionariamente em algumas situações não equivale a dizer que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Pois, como explica Hart, “em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do Supremo Tribunal, são parte de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta”.⁶⁶³ É importante consignar que decisão discricionária do intérprete, em face do ato de vontade de escolha entre duas ou mais normas possíveis dentro de um mesmo texto, não equivale nem é a mesma atividade de criação discricionária do direito, em face da atuação no estágio deliberativo. A única semelhança existente entre os institutos é a escolha livre, sendo que, na interpretação, a escolha é menos livre, pois o intérprete deve optar por uma das várias possibilidades predeterminadas pelo texto, enquanto no estágio deliberativo não há predeterminação, por ser atividade criativa, a escolha é totalmente livre.

Esse fato faz com que a mutação difira da interpretação. Kelsen já demonstrava a atuação discricionária do intérprete, tanto que classificava o ato de interpretar como ato de vontade e não de conhecimento. Isso quer dizer que, toda vez que o intérprete optar por um dos caminhos possíveis dados pela norma, ele atuou no âmbito do estágio executivo, logo dentro da esfera da interpretação. A mutação exige que o tribunal atue dentro do estágio deliberativo. A mutação constitucional é diferente das escolhas possíveis de serem feitas pelo intérprete, pois na interpretação se escolhe uma das várias possibilidades dentro da moldura. Todavia, na mutação, o poder judiciário atua dentro do estágio deliberativo, ele pode, inclusive, utilizar argumentos morais ou qualquer outro argumento extrajurídico para criar a norma. Nesse caso, ele substitui a escolha moral preestabelecida pelo poder legislativo pela sua própria moral, deixando de ser aplicador da moral neutra.

Nesses casos, a moldura é alterada, pois se alterou a perspectiva moral na qual a norma estava embasada, logo as opções para concretização da norma também mudam. Se antes um enunciado do tipo D podia significar N1, N2 ou N3, a partir dessa

⁶⁶² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

⁶⁶³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 159.

alteração, o mesmo enunciado do tipo D só pode significar N3, N4 ou N5. A partir desse momento, mesmo que o texto permaneça intacto, algumas das escolhas anteriores não são mais possíveis de serem feitas pelo intérprete, é como se a moldura tivesse mudado de lugar. A moldurada é, assim, alterada, pois está agora sobre um novo paradigma moral, logo as opções de escolha fornecidas ao intérprete são radicalmente alteradas, sendo que algumas das escolhas anteriormente possíveis não são mais viáveis. Um exemplo para elucidar o aqui disposto é o caso *Brown x Board Education*. Após esse julgado, que concretizou o princípio da igualdade sob novos paradigmas morais, não mais foi possível conciliar a norma extraída do princípio da igualdade com a política dos “iguais, mas separados”. Dessa forma, é fácil perceber quão raro é o fenômeno da mutação, ele não ocorre em todas as situações em que a jurisprudência dá uma guinada de direção, não ocorre pelo simples fato de o intérprete ter optado por outra escolha possível para a concretização da norma. Ela também não opera em vista da simples evolução da realidade social, pois também compete à interpretação operar a evolução do direito a fim de que ele acompanhe as novas necessidades da sociedade, por meio da interpretação evolutiva.

O ativismo judicial, nessa visão, aproxima-se da mutação constitucional apenas quanto ao fato de, em ambos, o Poder Judiciário se imiscuir numa função que é precípua do Poder Legislativo, numa tentativa de fazer substituir as escolhas de outro Poder pelas suas.

O conceito adotado de mutação pela via interpretativa pode incutir a falsa ideia de que toda mutação constitucional oriunda da interpretação criativa é inconstitucional, pois se estaria diante de casos nos quais o judiciário estaria criando a norma e não apenas a concretizando com base no direito preexistente. Embora o tema já tenha sido analisado, é importante reforçá-lo. O fato é que a interpretação criativa se diferencia das outras duas espécies interpretativas identificadas por Guastini, uma vez que, nos demais casos de interpretação, o Judiciário continuará a optar por uma das escolhas possíveis dentro da moldura, ainda que tenham surgido novas opções e sido excluídas algumas das escolhas outrora possíveis, em razão de a moldura ter alterado de lugar, tendo em vista o novo paradigma moral, em face da atuação do Poder Judiciário no estágio deliberativo. Todavia, quando se diz que o judiciário, nesses casos de interpretação criativa, cria o direito, não se está referindo à criação da norma individual, mas sim da norma geral, que será observada por meio dos precedentes jurisprudenciais que possuem força *erga omnes* ou efeito vinculante. Essas normas concretizadas pelo

Judiciário não cabem na moldura existente. Todavia esses atos nem sempre serão inconstitucionais, uma vez que, algumas vezes, o Poder Judiciário está autorizado a assim agir. Hart já defendia essa hipótese para os casos que envolvem enunciados com textura aberta e para os casos difíceis, nos quais os tribunais decidem de forma discricionária, criando o direito. O mesmo vale para os casos de lacunas ou incompletude do sistema, nos quais o judiciário também termina por criar o direito. Nesses casos, a mutação só será inconstitucional se a norma criada for incompatível com o contexto constitucional.

Ante o exposto, percebe-se que a interpretação criativa não é um verdadeiro ato de interpretação, mas sim de criação do direito pelo Poder Judiciário. Quando o Judiciário cria uma norma que não comporta no texto normativo e não tem vínculo com esse texto ou a cria sem texto preexistente, normalmente, ele atua na fase deliberativa. A interpretação criativa é uma mutação em potencial, bastando apenas a estabilidade temporal para se consolidar.

A mutação difere, ainda, da mera interpretação cognitiva e decisória. Embora ambas sejam institutos aptos a alterar informalmente a Constituição – daí a sua semelhança – a mutação é uma alteração mais qualificada, pois não se trata de simples escolhas discricionárias dentre as várias possíveis e oferecidas ao intérprete dentro de uma mesma moldura. A mutação, definitivamente, muda os padrões de escolha, as escolhas anteriores não são mais todas possíveis. Uma vez que o Judiciário cria o direito, nesse momento, ele atua na esfera deliberativa, podendo, inclusive, alterar a moral originária da norma escolhida pelo Poder Legislativo. Nesse caso, o judiciário deixa de ser mero aplicador da moral neutra.

A partir da mutação perpetrada, podem existir, no futuro, novos atos interpretativos do texto que novamente o modifiquem ainda pela via informal, mas não será mais possível optar por todas as escolhas originais, pelo menos não enquanto o Judiciário atuar dentro da esfera executiva. De forma extremamente resumida, deve-se destacar que a interpretação, em regra, atua dentro da esfera executiva, enquanto a mutação oriunda da interpretação judicial exige que o Poder Judiciário atue em ambas as esferas, deliberativa e executiva, a fim de que ela se concretize.

4.10 Interpretação criativa e a criação do direito

A doutrina nomeia erroneamente como interpretação criativa um instituto que, na verdade, não é interpretação, mas sim criação jurisdicional do direito.⁶⁶⁴ Cria-se a norma e utiliza-se o texto como fundamento, mas, muitas vezes, o texto não comporta o que foi criado. Esse instituto, embora se assemelhe à mutação, seja constitucional ou inconstitucional, ainda necessita preencher o requisito da estabilidade temporal. A estabilidade temporal se caracteriza pelo fato de aquela decisão ser repetida e pacificada no âmbito constitucional e diferencia a mutação de uma quebra ou fraude da Constituição.

Um exemplo recente de interpretação criativa é a possibilidade de execução da pena a partir do julgamento de segunda instância, decidido no *Habeas Corpus* (HC) 126.292, em afronta ao disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal,⁶⁶⁵ que expressamente determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, resta a dúvida de como conciliar o cumprimento da pena enquanto vige a presunção de inocência. Outro exemplo refere-se à observação de reserva de plenário no controle de constitucionalidade. O art. 97 da CR/88 determina que apenas pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei do ato normativo emanando do Poder Público. Porém a decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4598 (que suspendeu a Resolução do CNJ n 130/2011), monocraticamente concedida no dia 1º de julho de 2001 e que vigora até a presente data, e, da mesma forma, a decisão cautelar proferida pelo então Ministro Joaquim Barbosa, que suspendeu a vigência da Emenda Constitucional 73, promulgada em 6 de julho de 2013, não observaram a reserva de plenário, uma vez que foram fundamentadas no art. 10 da Lei 9868/99, que permite o deferimento de medida cautelar pelo Presidente do Tribunal, monocraticamente, no período de recesso. O fato é que não existe espaço para decisões individuais dos Ministros do STF, como regra, uma das exceções é o poder conferido ao Presidente, nos casos de excepcional urgência que

⁶⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 40-45.

⁶⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

justifique a sua atuação monocrática. Embora o art. 10 da Lei 9868/99 não fale em urgência, trata-se, na verdade, de requisito de toda medida cautelar, pois, sem urgência, não se justifica tal medida. Porém, em nenhum dos dois casos, o requisito de extrema urgência estava presente nos autos. Além disso, as duas ações, até a presente data, não foram apreciadas pelo plenário. Na prática, o que se tem é uma decisão monocrática, de prazo indeterminado, de um órgão colegiado, suspendendo a eficácia de uma norma regulamentar votada e aprovada pelos legítimos representantes do povo brasileiro.

Ambos os casos são exemplos de uma interpretação criativa, uma vez que não obedeceram aos limites estipulados para interpretação e atuaram dentro da esfera deliberativa. Os dois casos, se forem consolidados no tempo e reiterados em outros processos, caracterizarão uma mutação constitucional, uma vez que o art. 97 da Constituição será excepcionado para permitir decisões individuais pelo Presidente do Tribunal, sempre que proferidas em período de recesso, independentemente de urgência e relevância, e a presunção de inocência deixará de vigor a partir da decisão de segunda instância, não mais do trânsito em julgado, logo o limite “contexto” não terá sido observado.

Outro instituto bastante confundido com a mutação constitucional é a fraude à Constituição. Ela também se aproxima da interpretação criativa, porém a diferença entre elas é o *animus* do intérprete. A fraude é subjetiva, há clara intenção (dolo) na não aplicação daquele dispositivo em determinado caso concreto. Normalmente ela é motivada por circunstâncias alheias ao direito, as quais não são utilizadas para fundamentar a decisão, elas são omitidas da comunidade jurídica. O que o intérprete aqui faz é distorcer o sistema vigente para favorecer uma determinada situação fática já consolidada, ele age com *animus fraudandi* em determinado caso concreto.

A diferença entre fraude e mutação constitucional é tênue. Tanto a mutação quanto a fraude podem ocorrer a partir do momento em que o texto constitucional é afrontado. Porém a mutação não exige *animus fraudandi*.⁶⁶⁶ Embora uma situação de fraude à Constituição possa acarretar mutação constitucional, nem toda mutação é oriunda de uma fraude. Para uma fraude acarretar mutação, necessita do transcurso temporal e da aceitação reiterada, pela comunidade jurídica, em outros casos concretos diferentes daquele no qual a fraude foi perpetrada pela primeira vez. Não há

⁶⁶⁶ Percebe-se que o conceito aqui adotado difere-se do ensinado por Carl Schmitt, para quem fraude à Constituição é a adoção de regras que colidam com o núcleo duro da Constituição. Cf.: SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, 2011, p. 217.

um prazo determinado, é necessário um prazo razoável e que a decisão seja aplicada, no mesmo sentido, repetidas vezes.

É fácil perceber que tanto a fraude constitucional quanto a mutação inconstitucional não têm o texto como limite, mas a sua não observância é que constitui um requisito para configurar esses institutos. Ambos só surgem quando o texto constitucional é de alguma forma vilipendiado, pois, toda vez que o Judiciário assim agir, ele estará substituindo o texto originalmente criado pelo Poder Legislativo, logo estará atuando dentro da esfera deliberativa. Esses casos referem-se à alteração, ou melhor, à superação informal do texto ou à sua total desconsideração. Os limites desses institutos serão analisados em capítulo próprio.

A interpretação criativa pode afrontar ou não o texto, em maior ou menor grau. Ela também pode não respeitar o contexto. Geralmente, quando ela respeita o texto constitucional, pois de alguma forma está vinculada a ele, e respeita o contexto, ter-se-á uma mutação constitucional. Quando ela não observar o texto e o contexto, estar-se-á diante de uma mutação inconstitucional.

5 LIMITES À MUTAÇÃO ORIUNDA DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO

5.1 As normas não exequíveis por si mesmas e as programáticas e o controle de constitucionalidade por omissão

As normas não exequíveis por si mesmas e as programáticas, caso não sejam concretizadas, podem gerar mutações constitucionais. Ana Cândida⁶⁶⁷ nomeia esse grupo de processos anômalos, que podem ter a sua origem em face da omissão de determinado poder na implementação de uma norma que concretiza um dispositivo da Constituição. Isso porque a não publicação de uma lei para concretizar uma norma constitucional não exequível por si mesma, na prática, gera o não exercício de um determinado direito por parte dos destinatários da norma, ou seja, a Constituição garante, mas o legislador, em mora, não concretiza os direitos assegurados por ela. É como se aqueles direitos não existissem, pois há previsão constitucional, mas os destinatários da norma não usufruem deles.

Se a própria omissão legislativa, diante dessa classificação, já pode gerar uma mutação constitucional, uma vez que os direitos assegurados por determinada norma, tendo em vista da omissão, não poderão ser usufruídos, como se em desuso estivessem, o remédio constitucional previsto para sanar o problema, misturado com o posicionamento concretista do Poder Judiciário, pode acarretar alterações significativas do ordenamento jurídico vigente, gerando efeitos diretos na esfera constitucional. Esse cenário se fortalece em face de uma posição mais ativista que um determinado tribunal adote.

A omissão inconstitucional é um problema das diversas áreas jurídicas. Elas não se limitam às omissões legislativas, sendo esse fenômeno visível na atuação de todos os outros poderes, relativamente a qualquer função do Estado, sempre que uma obrigação de fazer for objeto de disciplina pela Constituição.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 212.

⁶⁶⁸ Jorge Miranda conceitua o termo: “ela verifica sempre que, perante uma obrigação de *facere*, e mandando, direta ou indiretamente, a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas”. MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: MIRANDA, Jorge et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Lisboa: Almedina, 2012, v. 1. p. 687.

As omissões inconstitucionais podem ocorrer via omissão na emissão de atos legislativos, como quando o legislador não observa o princípio da igualdade, mantendo tratamento desigual perante iguais, quando não concretiza a proteção necessária a direitos fundamentais e quando não torna exequíveis normas constitucionais não exequíveis por si mesmas ou programáticas.

Porém as omissões também se configuram em diversos atos da administração pública, como ocorre na não marcação de eleições no prazo constitucional, na não designação de cargos constitucionais. Pode haver ainda omissão inconstitucional de atos do poder jurisdicional quando os tribunais não decidem em tempo razoável, quando o Tribunal Constitucional não se pronuncia no prazo de 25 dias (art. 279º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa), entre outros.⁶⁶⁹

Da mesma forma, as omissões inconstitucionais não são um problema exclusivo de determinado país, ao contrário, constituem um problema que aflige toda a comunidade jurídica mundial. A forma de lidar com elas varia de ordenamento para ordenamento.

Nos EUA, as omissões legislativas, em sede de controle difuso, são combatidas por meio das *legislative injunctions* e constituem um remédio para a mora legislativa.⁶⁷⁰

No ordenamento italiano e espanhol, as omissões absolutas não ocupam um papel de destaque, são tratadas escassamente, sendo, por vezes, objeto de decisões intermédias⁶⁷¹ de conteúdo apelativo. Porém as omissões relativas recebem um tratamento diferenciado, principalmente em relação ao controle concreto, permitindo a eliminação parcial da norma que acarreta uma discriminação inconstitucional e a reparação do silêncio inconstitucional, por meio de sentenças aditivas.⁶⁷²

⁶⁶⁹ MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: MIRANDA, Jorge et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Lisboa: Almedina, 2012, v. 1. p. 688.

⁶⁷⁰ Sobre o tema, cf.: MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 506; SCHAPIRO, Robert A. The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 231-250, Oct., 1989.

⁶⁷¹ Na lição de Carlos Blanco de Moraes: “são decisões de inconstitucionalidade sem sanção de nulidade e, no caso das inconstitucionalidades por omissão deslizantes, as decisões de constitucionalidade a tender para a inconstitucionalidade.” MORAIS, *op. cit.*, p. 506.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 506.

Porém, “nos ordenamentos que adotaram um sistema de fiscalização de *matriz austro-germânica*, a inconstitucionalidade por omissão não mereceu a consagração de um processo autônomo e próprio”.⁶⁷³

Na Alemanha, a queixa constitucional edifica a via individual adequada para o controle das omissões inconstitucionais, sendo possível, ainda, em casos excepcionais, de necessidade premente, a concretização da norma legislativa omissa, ainda que provisoriamente,⁶⁷⁴ embora o Tribunal pouquíssimas vezes tenha utilizado esse instituto. Em contrapartida, no controle abstrato, o Tribunal Constitucional utiliza-se de sentenças intermédias (que não são instrumentos exclusivos do controle concentrado). Essas decisões não acarretam nenhuma sanção ou operação substitutivas, mas operam como uma mensagem para o legislador omissor. Carlos Blanco explica que essa mensagem é mais forte do que a comunicação lacônica prevista nos institutos de controle da omissão consagrados no Brasil e em Portugal.⁶⁷⁵

O Judiciário brasileiro vive uma fase ímpar em relação ao controle de constitucionalidade por omissão. Num momento de revalorização dos direitos sociais, em tempo de crise do estado social, o fortalecimento da força normativa das normas constitucionais somado a um ativismo judicial na concretização da Constituição, fortalece as discussões sobre o principal marco restritivo ao ativismo judicial, que é a separação dos poderes.

5.2 Eficácia da norma constitucional

A classificação das normas não é uma preocupação recente do direito constitucional, pelo contrário, diversos juristas já se interessaram pelo tema, no decorrer dos anos. Porém um fato interessante é que, embora a classificação das normas tenha sido bastante analisada em diversos ordenamentos jurídicos, o consenso ainda está longe de ser obtido.

Os constitucionalistas italianos costumam dividir as normas constitucionais em duas categorias básicas: normas programáticas ou diretivas e normas preceptivas. Paulo Bonavides critica essa divisão, pois segundo esse autor, ela padece do grave defeito de incutir a ideia de que só as normas preceptivas são dotadas de eficácia

⁶⁷³ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 506.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 506.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 506.

vinculante. Conclui que um sistema com base na eficácia das proposições normativas, tendo as normas programáticas por ineficazes, só seria possível num sistema de constituições flexíveis, razão pela qual o mencionado autor apenas divide as normas em programáticas e não programáticas e reconhece a preceptividade da norma programática.⁶⁷⁶

Os juristas italianos utilizaram alguns critérios para efetuar a classificação da norma constitucional, quais sejam: o destinatário, o objeto e a natureza da norma. Assim, seriam programáticas todas aquelas normas dirigidas ao legislador e preceptivas todas as demais que fossem dirigidas aos cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto, são programáticas as normas que têm eficácia em face do Estado e preceptivas aquelas que recaem sobre relações privadas. Quanto à natureza, as programáticas se caracterizam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição. São normas que dependem de uma atividade integradora, enquanto as preceptivas são normas concretas e completas, logo podem ser aplicadas imediatamente.⁶⁷⁷

Os norte-americanos classificaram as normas constitucionais em *self executing provisions* (autoaplicáveis ou autoexecutáveis), que são as normas constitucionais de aplicabilidade imediata, pois independem de qualquer complementação da legislação infraconstitucional, e *not self executing provisions* (não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis), que são aquelas que somente indicam princípios, sem estabelecer normas que lhes deem eficácia, vale dizer, são as que dependem de legislação infraconstitucional posterior para se tornarem exequíveis. A principal fonte americana dessa dicotomia das normas constitucionais apareceu na obra *Limitações constitucionais*. de Thomas McIntyre Cooley.⁶⁷⁸ Essa classificação foi difundida no Brasil por Ruy Barbosa.

Rui Barbosa seguiu a classificação norte-americana, dividindo as normas em autoexecutáveis e não autoexecutáveis. As primeiras são as determinações para executar a norma, quando “não haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas em que o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e

⁶⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238.

⁶⁷⁷ BARILE, Paolo; PIERANDREI, Alberto. Efficacia abrogante delle norme della Costituzione Italiana. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Orgs.). *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*. Firenze: G. Barbèra, 1950, v. 1, p. 75.

⁶⁷⁸ COLLEY, Thomas. *Treatise on the Constitutional Limitations*. Traduzido por Ruy Barbosa em *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. Tomo II, p. 93.

preservação”.⁶⁷⁹ Porém nem todas as disposições constitucionais são autoaplicáveis, por isso, Rui Barbosa conclui o seu pensamento com a citação de um julgado americano: “A Constituição não se executa a si mesma: antes requer ação legislativa, para lhe tornar efetivo os preceitos”.⁶⁸⁰

No mesmo sentido, Pontes de Miranda⁶⁸¹ ensina que, quando uma regra se basta por si mesma, é nomeada de *self executing*, “quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas que as completem ou as suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si”.⁶⁸²

Dentre as classificações das normas constitucionais, as mais influentes na moderna doutrina são as que se inferem de trabalhos como Azzaritti, Crisafulli e Pierandrei.⁶⁸³

Azzaritti estabeleceu uma tríplice categoria de normas: 1) as normas diretivas; 2) as normas preceptivas de aplicação direta, mas não imediata; e 3) as normas preceptivas de aplicação imediata.⁶⁸⁴ Para esse jurista, as normas diretivas correspondem àquelas usualmente denominadas programáticas, mas não chegam a constituir sequer verdadeiras normas. Recusa-lhes, assim, eficácia jurídica.

Crisafulli distingue três espécies de normas constitucionais: as normas programáticas, as normas imediatamente preceptivas ou constitutivas e as normas de eficácia diferida. Para esse autor, as normas programáticas têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória, sendo, portanto, preceptivas e até mesmo imediatamente preceptivas ao seu modo, isto é, “apenas nos confrontos dos órgãos estatais, pelo menos do legislador, a quem prescrevem certos comportamentos para a disciplina a ser dada às matérias que constituem o seu objeto mediato ou indireto”.⁶⁸⁵

Porém, foi com José Afonso da Silva que a classificação das normas constitucionais ganhou maior relevo no Brasil. O mencionado autor classifica as normas pelo aspecto de sua eficácia e aplicabilidade e as divide da seguinte forma: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de

⁶⁷⁹ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2, p. 489.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 489.

⁶⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 126.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 126.

⁶⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 242.

⁶⁸⁴ AZZARITI, Gaetano. La nuova Costituzione e le leggi anteriori. *Foro it*, IV, 1948, p. 81.

⁶⁸⁵ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 54.

eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas, porém, a restrição e as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, essas últimas subdivididas em dois grupos ou categorias: as definidoras de princípios institutivos e as definidoras de princípios programáticos.⁶⁸⁶

As normas constitucionais de eficácia plena produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição. As normas de eficácia contida também produzem todos os seus efeitos imediatamente, porém o próprio constituinte permitiu ao legislador ordinário restringir esses efeitos. As normas de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos essenciais, aproximando-se, nesse ponto, das normas não exequíveis por si mesmas. Essa classificação de José Afonso da Silva foi objeto de críticas do seu filho Virgílio Afonso da Silva, que defende que não há na Constituição nada que permita concluir que as normas classificadas como contidas possam ser restringidas no momento da regulação.⁶⁸⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota a classificação bipartida da norma constitucional, que ele subdivide em: norma exequível e não exequível por si mesma. Acresce, na sua classificação, uma subdivisão dessas normas em: normas incompletas, que não prescindem de outras normas que as regulamentem; normas condicionadas, que necessitam de uma lei para produzir todos os efeitos jurídicos; normas programáticas, que necessitam não apenas de uma lei para dar-lhes plena eficácia, mas igualmente necessitam de uma terceira instância política, administrativa e material, sem a qual elas não têm exequibilidade plena, e normas de estruturação, que se caracterizam pela sua função organizadora, seja pela instituição de entes estatais ou órgãos ou, ainda, regulamentam o tratamento a um determinado setor, mormente o econômico.⁶⁸⁸

Uadi Lammêgo Bulos apresenta os seguintes níveis para a sua classificação da eficácia das normas constitucionais: normas de eficácia absoluta, normas de eficácia plena, normas de eficácia relativa restringível, normas de eficácia relativa que podem ser complementadas pelo legislador, e normas de eficácia exaurida (ou esvaída), isto é, aquelas que já extinguiram a produção de seus efeitos, tendo, portanto, sua aplicabilidade esgotada.⁶⁸⁹ O exemplo dessas últimas são os Atos das Disposições

⁶⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 253.

⁶⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

⁶⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12-13.

⁶⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

Constitucionais Transitórias (ADCT), como os arts. 11, 13, 14 e 15 do ADCT, da Constituição da República Brasileira de 1988.

Apesar das diversas classificações existentes, o presente trabalho parte da classificação tricotômica elaborada pelo Professor Jorge Miranda a respeito da eficácia das normas constitucionais, especificamente quanto à aplicação imediata ou não dessas normas. A classificação desse autor é extremamente conhecida pela comunidade jurídica e aceita pelo Tribunal Constitucional português. Jorge Miranda divide as normas constitucionais em exequíveis por si mesmas, preceptivas não exequíveis por si mesmas e programáticas.⁶⁹⁰

O grande problema do constitucionalismo moderno se concentra, principalmente, em determinar o grau de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, uma vez que reconhecem o seu caráter jurídico.

Importante frisar que, entre essas normas, não há uma diferença de valor ou de natureza. Todas são normas jurídicas constitucionais, logo afirmações no sentido de que normas não exequíveis ou programáticas não possuem força jurídica, tendo apenas valor moral ou de mera proclamação política ou cláusula não vinculativa, não coadunam com o direito constitucional moderno, inserido no Estado Social. Rui Barbosa já chamava atenção para o tema: “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.⁶⁹¹

Porém o fato é que muitas dessas normas não se revestem dos meios de ação essenciais ao exercício dos direitos que outorgam ou dos encargos que impõem, razão pela qual a não concretização dessas normas pelo poder responsável pode acarretar omissão inconstitucional.

As normas exequíveis por si mesmas são aquelas que não dependem de nenhum ato do Poder Legislativo para produzir todos os seus efeitos. Claro que esse fato não impede que o Poder Legislativo venha regulamentar a norma constitucional. As normas exequíveis diferem das não exequíveis por si mesmas pelo fato de essas dependerem de um ato concretizador futuro, a fim de que elas possam produzir todos os seus efeitos no ordenamento jurídico.

⁶⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 640.

⁶⁹¹ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2, p. 489.

As normas programáticas são, em regra, não exequíveis por si mesmas, pois necessitam de uma norma futura para produzirem todos os seus efeitos. Essas normas são conceituadas por Jorge Miranda da seguinte forma:

[...] por serem de aplicação diferida, por prescreverem obrigação de resultado, por explicitarem comando valores, por conferirem elasticidade ao ordenamento constitucional, por terem como destinatário principal, embora não único, o legislador, cuja opção fica a ponderação dos meios e do tempo em que vêm a ser revestida de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que o cidadão ou quaisquer cidadãos invoquem já (ou imediatamente a partir da vigência da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que os direitos que delas constem, máxime os direitos sociais, não têm a natureza de direitos subjetivos plenos.⁶⁹²

Embora as normas programáticas tenham algumas semelhanças com as preceptivas não exequíveis por si mesmas, uma vez que ambas necessitam ser concretizadas pelo legislador por uma conexa autolimitação e pela relevância específica do tempo, elas não se confundem, pois diferem entre si em razão da sua interação com a realidade constitucional. As preceptivas não exequíveis por si mesmas postulam apenas a intervenção do legislador, tornando-as efetivas por meio da regulação, enquanto as normas programáticas exigem muito mais do que meras operações materiais, pois necessitam não só dos fatores jurídicos, mas dos políticos, sociais e econômicos.

Por essa razão, Jorge Miranda conclui que existe um maior grau de liberdade do legislador em relação às normas programáticas do que em vista das preceptivas não exequíveis por si mesmas, razão pela qual essas últimas deverão ser complementadas por lei nos prazos “relativamente curtos delas decorrentes”,⁶⁹³ enquanto as normas programáticas só poderão ser concretizadas quando se verificarem ocorridos os pressupostos fáticos, sejam eles sociais, econômicos ou políticos, necessários para a sua efetivação. Jorge Miranda ensina que:⁶⁹⁴

Nas normas exequíveis por si mesmas, os comandos constitucionais atualizam-se só por si; nas normas não exequíveis preceptivas, aos comandos constitucionais acrescem as normas legislativas; e nas normas não exequíveis por si mesmas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância – a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e as circunstâncias subjacentes à Constituição.

⁶⁹² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Tomo II, p. 285.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 289.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 290.

Entre as normas preceptivas e as programáticas a diferenciação se situa nas interações com a realidade constitucional. Caso a interação seja suscetível de ser conformada a certo modo, apenas pela força emanada da norma constitucional, ela será preceptiva; caso contrário, será programática. Entre as normas exequíveis e as normas não exequíveis, o critério distintivo está nas próprias normas e vem a ser a sua completude ou incompletude.

5.2.1 Controle direto de constitucionalidade por omissão

A Constituição da República Brasileira de 1988 previu, em seu art. 103, § 2º, da mesma forma que a Constituição da República Portuguesa de 1976 o fez em seu art. 283º, a inconstitucionalidade por omissão, sendo que, em ambos os casos, a norma determina que reconhecida a inconstitucionalidade, “será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias”.⁶⁹⁵

É notório o problema da falta de eficácia dessa medida, pois é comum que, após o reconhecimento da mora legislativa pelo Poder Judiciário, esse poder continue inerte, sem editar a lei necessária para efetivar os direitos de forma plena contidos em normas não exequíveis por si mesma.

No direito brasileiro, o art. 103 da CR/88 foi regulamentado pela Lei 12.063/2009, que alterou a Lei 9.868/1999. Esse dispositivo, além de determinar o rito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não diferenciou entre omissão absoluta e parcial. Ao contrário, estabeleceu em seu art. 12-b, I que a petição inicial deverá indicar a omissão inconstitucional, seja ela total ou parcial. O mencionado dispositivo sofreu e sofre inúmeras críticas da doutrina, uma vez que prevê o mesmo “remédio” para situações divergentes.

As omissões totais, mais conhecidas em Portugal como omissões absolutas, caracterizam-se pela abstenção do legislador ordinário em efetivar a norma

⁶⁹⁵ Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Art. 283º, 2 da Constituição Portuguesa - Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Legislativa, 1976.

constitucional não exequível por si mesma, desrespeitando, assim, a obrigação positiva incutida na norma constitucional.

Porém as omissões parciais ou relativas são oriundas de normas editadas pelo legislador ordinário, sem a observância do princípio da igualdade. Em suma, o legislador exclui ou não abarca todas as situações que deveria ter incluído na norma, pelo fato de os excluídos encontrarem-se numa situação igual ou homóloga em relação aos destinatários da norma editada.

Carlos Blanco de Moraes também observou o desacerto do legislador brasileiro e criticou essa situação aberrante de tratar dispositivos diferentes de forma unívoca, sem se preocupar com os efeitos diversos que a situação acarreta no momento da concretização dessas normas.⁶⁹⁶ A fim de demonstrar o equívoco ocorrido, o mencionado autor faz um paralelismo com a regulamentação desse instituto em outros ordenamentos jurídicos.

Em diversos sistemas jurídicos da Europa do Sul (Itália, Espanha, Portugal), as omissões relativas são tuteladas em sede de fiscalização de inconstitucionalidade por ação, em cujo âmbito têm sido proferidas, por vezes, sentenças aditivas: o tribunal Constitucional julga inconstitucional a norma ideal de um regime jurídico que não inclui por razões de isonomia e, a partir do Princípio Constitucional da Igualdade, determina *ad futurum* a reparação do mesmo vício, determinando que o texto normativo sindicado, o qual subsiste no todo ou em parte, seja lido em termos de passar a determinar a inclusão dos sujeitos discriminados como novos destinatários desse regime.⁶⁹⁷

Como no direito brasileiro, tanto as omissões absolutas quanto as relativas seguem o rito das Ações Diretas por Omissão. Tem-se, ao final, que conviver com as seguintes situações: no tocante às omissões absolutas, o procedimento final consistirá na notificação do poder omisso (art. 12-H da Lei 9.868/1999). Porém, nos casos de omissão parcial, uma vez que o § 2º, do art. 12-H da Lei 9.868/99 remete ao capítulo da ação declaratória de constitucionalidade, devendo essas normas ser aplicadas no que couber. Claro está que este capítulo balizará as omissões relativas, logo muito aproximou esse dispositivo, no tocante a essa parte final, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

⁶⁹⁶ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 153/228.

As mesmas críticas podem ser realizadas quanto à possibilidade de deferimento de medida cautelar pelo STF, prevista no art. 12-F da mencionada Lei. Não restam dúvidas de que essas cautelares só terão lugar nas omissões relativas, uma vez que, nas absolutas ou totais, não há ato ou lei para serem suspensos.

A baixa eficiência para solucionar as lides concretas existentes em face de omissão legislativa faz com que, na prática, esse instituto quase caia em desuso. Para se ter uma ideia, no Brasil, como aponta Carlos Blanco de Moraes,⁶⁹⁸ entre 2008 e janeiro de 2011, apenas três ADO foram apreciadas pelo STF, tendo uma sido julgada improcedente e duas não foram sequer conhecidas. Já as decisões aditivas que sancionam omissões relativas merecem ser observadas mais de perto, uma vez que começam a ganhar força no cenário nacional.

Da mesma forma, o dispositivo também carece de popularidade no ordenamento jurídico português. Para se ter uma ideia, entre 1982 e 2004, foram apenas oito os acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a matéria, sendo que, desses oito, apenas em dois verificou-se a existência da omissão inconstitucional.⁶⁹⁹

5.2.2 *O mandado de injunção*

O Mandado de Injunção é um remédio constitucional previsto na Constituição brasileira para os casos de omissões legislativas que acarretem prejuízos a um particular. O instrumento está previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LXXI, com a seguinte redação:

[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]

Percebe-se que a redação é extremamente vaga, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu se a norma era exequível por si mesma ou se

⁶⁹⁸ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁶⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 553.

necessitava de lei para regulamentá-la. Porém, superado esse impasse, o Supremo decidiu que a norma era autoaplicável.

Ocorre que a Constituição brasileira não delimita os efeitos da decisão a ser proferida em âmbito de mandado de injunção, pois, ao invés de mencionar que o STF deveria apenas comunicar o poder omissor, como o fez em seu art. 103, quando tratou da ADO, a Constituição foi silente nesse ponto. Além disso, ela também não tem preceito expresso contra quem se deve propor a ação (legitimidade passiva) nem quanto à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional. A vagueza do texto e a mora na edição do marco regulatório⁷⁰⁰ que delimitasse os efeitos do instituto acarretaram duas posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema. São elas:

O mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas que aludem o art. 5º, LXXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência de omissão constitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que o poder em mora realize as providências necessárias para acabar com a omissão. Em suma, o mandado de injunção tem natureza meramente declaratória.

O mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público, entidade ou autoridade a quem incube a observância do dever jurídico correspondente ao direito subjetivo, garantia ou prerrogativa cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora e que se culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação.⁷⁰¹

A segunda corrente que consagra efeitos constitutivos à sentença se subdivide: 1) quanto à extensão dos seus efeitos, pois há aqueles que entendem que a decisão terá apenas efeitos *inter partes*, ou seja, aplicável apenas para os interessados litigantes e outra corrente entende que essa decisão seria extensível a todos os demais casos análogos, ou seja, efeitos *erga omnes*. 2) quanto à materialização da decisão: 2.1) caberia ao Judiciário apenas atribuir efeitos condenatórios,⁷⁰² seja por meio de multa diária imputada ao órgão omissor para produzir a norma em falta, seja garantindo uma indenização independentemente de sentença condenatória; 2.2) ou o próprio STF cria a norma *ad casum* a ser aplicada na situação concreta.

Atualmente, no direito brasileiro, encontra-se consolidada a posição de que compete ao Judiciário concretizar a norma faltante, devendo a decisão proferida ser

⁷⁰⁰ Desde 2016, vige a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, que regulamenta o mandado de injunção.

⁷⁰¹ MI 107/DF, Pleno, j. 21.11.1990, rel. Ministro Moreira Alves.

⁷⁰² MI 543/DF, Pleno, j. 26/10/2000, rel. Ministro Octavio Gallotti.

aplicada a todos os casos idênticos, ou seja, conferiu-lhe, na prática, efeito vinculante de precedente ou força *erga omnes*.⁷⁰³ Nos casos em que o judiciário cria a norma, estará configurada a mutação constitucional.

Algumas críticas à corrente majoritária se fazem necessárias. Primeiramente, porque ela permite que o Poder Judiciário substitua o Poder Legislativo, ocupando um vácuo decisório no qual há uma linha muito tênue que divide a autonomia dos poderes e a usurpação de função. Dessa forma, as críticas realizadas por Calmon de Passos continuam atuais:⁷⁰⁴

Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando do adimplemento, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro desemprego. Impossível deferi-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente.

A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral.

Além disso, é também controverso dar à decisão proferida efeitos *erga omnes*, pois há fortes óbices que, em momento algum, foram enfrentados pelo STF. Com efeito, a Constituição não permite que, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que é abstrata, seja possível ao STF concretizar uma norma com efeitos *erga omnes*. Porém a atual interpretação permite a qualquer um do povo provocar a regulamentação de determinado texto constitucional pelo poder judiciário, sendo que essa norma será aplicável a todos os casos concretos. O mesmo resultado não pode ser obtido pelos legitimados ativos para a propositura da ADO, que é processo objetivo no qual não há defesa de interesse privado e que se destina a implementar interesse público maior, no caso, a defesa da Constituição. O exemplo fornecido por Moreira Alves é perturbador:

⁷⁰³ MI 712/PA, Pleno, j. 25.10.2007, rel. Ministro Eros Grau.

⁷⁰⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção. Habeas Data. Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 112-113.

Seria inexplicável que a regulamentação do texto constitucional objeto de uma ação direta de proposta por uma entidade de classe de âmbito nacional não pudesse ser por ela alcançada, limitando-se o Supremo Tribunal Federal a dar ciência, ao Poder omissor, de sua omissão, e este mesmo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, imediatamente após, um mandado de injunção impetrado por uma pessoa filiada a essa mesma entidade de classe de âmbito nacional, pudesse regulamentar o mesmo texto constitucional objeto daquela ação direta, e regulamentá-lo com eficácia erga omnes.⁷⁰⁵

Ressalte-se, ainda, que, ao analisar a evolução dos trabalhos legislativos realizados pela constituinte, percebe-se que não foi dado ao STF o poder de legislar, ainda que provisoriamente, em respeito ao princípio da separação dos poderes. O §2º do art. 103 da Constituição da República resultou de uma fusão de dois parágrafos que vieram nos projetos aprovados nas comissões temáticas e que estavam assim redigidos:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo STF.

§ 3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente.⁷⁰⁶

Esses dois parágrafos foram fundidos, no segundo substitutivo, num único parágrafo, em que se retirou a possibilidade de suprimimento da regulação pelo STF, deixando-lhe apenas a de assinar prazo ao órgão competente omissor, sendo que a possibilidade de fixação de prazo foi alterada na Comissão de Sistematização, permitindo apenas ao STF dar ao poder omissor, caso seja o Legislativo, mera ciência da omissão, transformando o instituto em “pólvora seca”, como parte da doutrina o rotula. Nesse sentido:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.⁷⁰⁷

Embora a Constituição seja silente no que tange aos efeitos da decisão no mandado de injunção, percebe-se que esse poder excepcional de legislar, mesmo que

⁷⁰⁵ MI 107/DF, Pleno, j. 21.11.1990, rel. Ministro Moreira Alves.

⁷⁰⁶ *Ibidem*.

⁷⁰⁷ Art. 103, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

provisoriamente, não foi dado ao Judiciário pelo Constituinte. Isso porque, no único local em que ele foi previsto, a medida não foi aprovada. Aqui também não é o caso de silêncio consciente, a fim de permitir que o Judiciário legislasse, mesmo que provisoriamente, em sede de mandado de injunção, uma vez que, como bem elucida Moreira Alves, o ordenamento jurídico brasileiro não compactua com essa interpretação. É o que se conclui da seguinte passagem:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o poder judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.⁷⁰⁸

Porém, o Ministro Gilmar Mendes, ao analisar o mandado de injunção de nº 670⁷⁰⁹, informou que a jurisprudência do STF no MI 107, já tinha equiparado os efeitos do mandado de injunção ao da ADO. Assim, concluiu que ambas as ações tinham, ou melhor, têm, efeitos *erga omnes*. Percebe-se que a interpretação do Ministro Gilmar Mendes não coaduna com o que foi exposto acima. Realmente, os efeitos da ADO e do mandado de injunção foram aproximados, mas não para dar efeito *ergam omnes* e sim para não reconhecer nenhum efeito significativo nessas decisões, uma vez que, nessa época, a interpretação do STF era de que as sentenças proferidas em face das omissões legislativas apenas reconheciam a omissão, e cabia ao Poder Judiciário unicamente informar ao poder omissor a inconstitucionalidade apurada. Além disso, pela evolução histórica do instituto, percebe-se que o mandado de injunção sofreu uma mutação constitucional, por meio da interpretação judicial.

A segunda distorção contida no voto do Ministro Gilmar Mendes ocorre no momento da análise do direito comparado sobre a matéria, pois o fato é que tanto o ordenamento italiano como o alemão permitem sentenças aditivas. Porém é bem verdade que a Constituição alemã também prevê a possibilidade de o Tribunal Constitucional emanar atos com força normativa, a vigerem temporariamente, em

⁷⁰⁸ MI 107/DF, Pleno, j. 21.11.1990, rel. Ministro Moreira Alves.

⁷⁰⁹ Mando de Injunção no qual se estendeu o direito de greve da iniciativa privada, contido na Lei 7.701/88 e 7.783/89, para os servidores públicos.

raríssimas situações. Contudo a sentença aditiva ou manipulativa, em todos os ordenamentos citados, apenas permite a inclusão dos sujeitos erroneamente excluídos da norma, por força do princípio da igualdade, jamais a alteração dessa norma, pelo próprio Poder Judiciário, para adaptar as especificidades da categoria excluída, como ocorreu no caso do MI 670 (greve dos servidores públicos). É óbvio que, se há especificidades, é porque aqueles sujeitos não estão em situação de igualdade com os incluídos na norma. Esdrúxulo, ainda, foi permitir que qualquer juiz fixe novas restrições ao direito de greve dos servidores públicos, caso entenda que a situação assim o exija. Sem falar que consta no acórdão fixação de critérios de competência inexistentes em qualquer norma.

Dessa forma, percebe-se que a interpretação surgida a partir do Mandado de Injunção de nº 670, que regulamentou, restritivamente, o direito de greve dos servidores públicos, está maculada de algumas incertezas que deveriam ser mais bem analisadas e revistas nos julgamentos futuros, uma vez que muitos dos fatos que embasaram a decisão não coadunam com a realidade.

5.2.3 A concretização no controle concreto de constitucionalidade

Embora no direito brasileiro existam dois procedimentos, já analisados, para combater a omissão legislativa, a jurisprudência evoluiu ao ponto de concretizar diretamente essas omissões perante o controle concentrado de constitucionalidade.

A concretização de normas programáticas não era aceita, inicialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça,⁷¹⁰ pelo fato de o entendimento dominante, à época, ser de que essas normas protegiam um interesse geral, mas não conferiam aos beneficiários um direito subjetivo, e sim deviam, antes, aguardar que o legislador efetivasse a integração dessas normas ao ordenamento jurídico vigente. Posteriormente, esse entendimento foi revisto, sendo que o próprio STJ passou a admitir a concretização de normas programáticas e normas não exequíveis por si mesmas, utilizando como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o fato de que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais têm eficácia imediata à luz do art. 5º, § 1º da CR/88.

Dessa forma, o STJ concluiu que os direitos fundamentais, ainda que instituídos por normas programáticas, seriam autoexequíveis, como esclarece Carlos Blanco de Moraes. Esse entendimento parte da premissa de que, em caso de “inação do

⁷¹⁰ STJ, REsp 57.614/RS, 1ª Turma, j. 27.05.1996, rel. Min. Demócrito Reinaldo.

legislador ou do executivo, haveria uma obrigação de órgãos jurisdicionais determinarem aos poderes públicos a realização obrigatória das prestações em falta.”⁷¹¹

Essa interpretação foi sendo consolidada em todas as sedes dos tribunais, inicialmente, em face dos direitos à saúde e a educação, tornando-se corriqueiras sentenças e acórdãos determinando a internação hospitalar compulsiva de pacientes, a distribuição gratuita de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde e a matrícula compulsória de alunos em escola pública. Contudo há decisões que ainda vão além. O Tribunal do Rio de Janeiro, interpretando o art. 227, *caput*, da Constituição brasileira – que assegura às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, uma série de direitos sociais – bem como o art. 208, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – que dispõe sobre a intervenção judicial nos casos de não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche às crianças de zero a seis anos de idade, em sede cautelar – determinou ao Município do Rio de Janeiro a construção de creches sem a correlata previsão orçamentária. O STF, ainda recentemente, concretizou normas não previstas no Ordenamento Jurídico, agindo como legislador positivo nos seguintes casos: fidelidade partidária, direito da minoria de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos, aborto, pesquisas com células-tronco e prisão civil do depositário infiel. Nesse ponto, as conclusões de Carlos Blanco de Moraes são certeiras:

Nesses termos observa-se que o sistema de controlo concreto da inconstitucionalidade por omissão logrou superar, através do mandado de injunção e do controlo difuso de inconstitucionalidade, a rigidez e os limites do controlo abstrato, mediante uma jurisprudência activista protagonizada pelo STF e pelos tribunais comuns. Esta logrou mediante uma interpretação audaciosa da Constituição, implantar um modelo inédito que confira ao judiciário como um centro de poder normador e prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes Legislativo e Administrativo⁷¹².

Cumprindo ainda frisar que, em muitas situações enfrentadas pelo Judiciário brasileiro, não existe uma omissão inconstitucional propriamente dita, muitas vezes a suposta omissão já foi suprida pela edição de uma norma complementar que concretiza a norma constitucional. Porém, por ser considerada insuficiente para garantir a

⁷¹¹ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁷¹² *Ibidem*, p. 153/228.

totalidade do direito social em causa, muitos tribunais têm decidido ignorar a norma complementar e aplicar diretamente a norma constitucional não exequível por si mesma ao caso concreto, construindo o próprio juiz a norma concretizadora alternativa.⁷¹³

Na medida em os tribunais decidem suprir critérios já definidos pela legislação e resolvem substituí-los, tomando o lugar da administração na definição de políticas públicas, às margens das leis, planos e regulamentos existentes, o Judiciário assume o risco de perder o seu estatuto constitucional de imparcialidade e passa a atuar como um agente interessado no processo, como um verdadeiro gestor de políticas públicas desprovido de mandato democrático.⁷¹⁴

5.2.4 A reserva do possível

Outro ponto que merece destaque é a reserva do possível, que é um princípio que teve a sua origem no direito alemão, notadamente, a partir do caso “*numerus clausus*”, em que se discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas. A pretensão dos candidatos ao curso de medicina era embasada no art. 12 da Constituição alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

A Corte Constitucional alemã entendeu que o direito à prestação positiva (número de vagas nas universidades) era dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

No Brasil, a mencionada teoria foi adotada com um viés financeiro, ou seja, nas prestações positivas do estado, deve-se analisar se a obrigação é financeiramente possível para ser custeada para todas as pessoas que se encontrem na mesma situação do requerente, passando a ser um limite muitas vezes opostos aos direitos sociais.

Em qualquer caso, todos os direitos prestacionais de cariz social estão sujeitos ao limite da reserva do possível. No tempo histórico presente marcado por uma inédita crise económica e financeira iniciada no ano de 2008, falar em “Constituição Dirigente” que limita e guia a vontade do legislador no domínio das políticas económicas e sociais e em proibição do

⁷¹³ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 511.

⁷¹⁴ CARVALHO, André de Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 39 e 42.

retrocesso, como sinónimo de inconstitucionalidade dos cortes efectuados em benefícios sociais não fará grande sentido, pelo menos na Europa e nos Estados Unidos. No universo europeu, no decurso do ano de 2010, foram não apenas cortados ou reduzidos benefícios sociais há muito adquiridos, mas até constringido o gozo de direitos dotados do estatuto dos direitos, liberdades e garantias como o direito ao salário, mormente com cortes salariais em Espanha, Grécia, Portugal e Irlanda. O retrocesso social efectivo foi o preço a pagar para manter a essência do Estado Social em tempo de crise e se o princípio que proibia existia (muito duvidosamente) a título implícito em algumas constituições, então ele terá soçobrado em face da inclemência da falta de recursos financeiros.⁷¹⁵

Porém, voltando à eficácia das normas programáticas e das preceptivas não exequíveis por si mesmas, percebe-se que a reserva do possível só pode ser oposta em face das primeiras, isso porque apenas as programáticas dependem de situações econômicas a serem superadas, jamais o Estado poderá justificar o não cumprimento de uma norma preceptível não exequível por si mesma por meio de impossibilidade orçamentária, tendo em vista que, como demonstrado, essas normas necessitam apenas de situações jurídicas para viger.

5.3 O neoconstitucionalismo e as suas contribuições para a concretização de normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e programáticas

O neoconstitucionalismo é um conceito oriundo da Espanha e da Itália, mas que tem influenciado bastante a doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que recebeu com a obra intitulada “Neoconstitucionalismo”, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003.⁷¹⁶

Os neoconstitucionalistas fundamentam a sua doutrina em juristas heterogêneos, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, no entanto nenhum desses se define como neoconstitucionalista. Daniel Sarmento⁷¹⁷ explica que existe uma “ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política” entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, pois “há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade

⁷¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 524.

⁷¹⁶ CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. Mais recentemente, o autor publicou nova coletânea também dedicada ao estudo do neoconstitucionalismo intitulada *Teoria del neoconstitucionalismo*: Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

⁷¹⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.”⁷¹⁸ Tanto assim que Canotilho tenta descrever as características das principais linhas do neoconstitucionalismo brasileiro, assim nomeadas por ele: Neoconstitucionalista fundador;⁷¹⁹ Neoconstitucionalista principialista;⁷²⁰ Neoconstitucionalismo judiciário-activista⁷²¹ e Neoconstitucionalismo democrático-deliberativo.⁷²²

⁷¹⁸ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

⁷¹⁹ “Neoconstitucionalista fundador estaria preocupado com a concretização das normas constitucionais, com a força normativa das normas constitucionais [...]. Parece líquido que a normatização constitucional do político e da estabilidade democrática não se compadece com a ideia de Constituição reduzida à institucionalização e ao limite do poder político. Ela é uma ordem fundamental da comunidade com efeitos directivos na política, na legislação, na aplicação e concretização das normas.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os Métodos do Achamento Político*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 47.

⁷²⁰ A partir do neoconstitucionalista principialista, inicia-se a preocupação dos neoconstitucionalistas em possuir um método jurídico. Segundo Canotilho, eles defendem que “qualquer norma jurídica é uma norma ou princípio. Aplicar regras é ainda, um esquema metodológico de subsunção, concretizar princípios exige um novo modelo – o modelo da ponderação. [...] O ‘achamento do método’ corre pelas vias de uma metódica constitucional segundo os princípios da proporcionalidade, da racionalidade e da justiça. Em segundo lugar, o caminho da extrinsecação principialista do direito ergue à qualidade de alavanca de Arquimedes o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta perspectiva metódica tem o mérito de escolher com incisividade um dos princípios materialmente fundantes da comunidade, mas tende a estreitar o leque de bens e de direitos ponderativamente relevantes no contexto de um Estado constitucional democrático.” *Ibidem*, p. 49.

⁷²¹ “O neoconstitucionalismo jurisprudencial afivela duas máscaras jurídico-culturalmente diversas. A primeira é a de aproveitar a revelação jurisprudencial do direito para ditar vinculadamente interpretações reiteradas na apreciação de casos concretos (súmulas vinculantes). A segunda é a de transmutar o controlo abstracto de normas em interpretações autênticas da Constituição através da Acção Directa de Constitucionalidade, quer através da Acção Directa de Inconstitucionalidade, quer ainda mediante a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais. Globalmente consideradas, estas precipitações hermenêuticas veiculam a possibilidade de a cúpula do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal), através de processos interpretativos, introduzir normas com o nível de normas constitucionais. A Constituição e o direito são o que o Supremo Tribunal diz que é. Existe um risco nesse caminho de achamento político: o Poder Judiciário converte-se em sistema autorreferencial, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*. O direito surge como fato social, nunca é pressuposto posterior à norma, uma *fattispecie* constitutiva do âmbito normativo. Essa imbricação permite uma articulação subtil entre visões procedimentalistas e perspectivas substancialistas no exercício da função jurisdicional.” *Ibidem*, p. 50.

⁷²² “A normatividade do político só poderá alcançar dimensões práticas relevantes se a articulação entre democracia e constituição for de novo levada a sério. Por sua vez, a força normativa da Constituição dificilmente poderá aspirar a uma efectiva normativização do político se, metodicamente, insistir na concretização de princípios abstractos ou na força dirigente exclusiva das suas regras. E também pouco adianta recorrer a um discutível patriotismo constitucional. Na verdade, “o patriotismo constitucional concreto” tende a reduzir um texto normativo a sucedâneo de esquemas simbólicos, enquanto o “patriotismo constitucional abstracto” arranca de um modelo abstracto de princípios democráticos e de direitos universais (ou universalizáveis), desprezando a força normativa das constituições concretas e a indispensabilidade de procedimentos democráticos deliberativos. É neste contexto que se podem compreender algumas recentes propostas da compreensão interactiva do exercício do poder alicerçados em teorias discursivas do poder. A invocação de um “patriotismo constitucional” só terá sentido se, através dele, se identificarem os “processos devidos”, indispensáveis à retomada do fôlego normativo da

Crítica mais incisiva sobre essa polissemia doutrinária é realizada por Carlos Blanco de Moraes,⁷²³ que afirma que reconhecer o neoconstitucionalismo como doutrina é um neologismo. Esse autor se embasa em diversos outros doutrinadores que têm o mesmo entendimento.⁷²⁴ Para Carlos Blanco, o neoconstitucionalismo se caracteriza como:

[...] mosaico de entendimentos diversos que pretendem sustentar uma nova teoria do direito e da Constituição, num ângulo supra-positivista não metafísico, ou seja, não tributário do direito natural. Sob o seu selo acolhem-se, no Brasil, diversas sensibilidades jurídicas, tal como o expoente marxistas do velho direito alternativo e da teoria crítica do direito que cultivam o revivalismo da Constituição dirigente e uma “nova hermenêutica”, discípulos liberais e progressistas do suprapositivismo laico de Häberle, do discurso moralista de Dworkin e da adaptação da doutrina cânone racional-argumentativo ponderação de Alexy aos direitos sociais, e, finalmente, defensores avulso da escola realista americana que predicam um ativismo judicial avançado.⁷²⁵

constituição por todos os sujeitos, quer do poder, quer da sociedade. Dir-se-ia que a forma de organização constitucional pressupõe itinerários (*itinerare*) capazes de veicular a responsabilidade colectiva, não só porque, através deles, se estabelecem os canais de comunicação que conferem legitimação, visibilidade e transparência às decisões políticas, mas também porque possibilitam uma imediação razoável com os destinatários finais das normas (exemplo paradigmático é o das audiências de interessados levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal). Subjacente às propostas do processo devido, parecem estar as pulsões categóricas do republicanismo da Virtude e as angústias cívicas provocadas pela patologia do político e da política. Ainda é cedo para avaliar bem o rumo desta forma brasileira de neoconstitucionalismo deliberativo. Pelo menos, tenta evitar que a transcendentalização moral da política signifique apenas isso – transcendentalização. O ‘devido processo’ é um meio de razão prática. E é um meio de razão prática, quer quando se defende um ‘ativismo judiciário’ para colocar em acção as normas constitucionais entendidas como “ordem e medida material da sociedade quer quando se mobiliza para combater questionáveis práticas constitucionais como as que dizem respeito ao desenvolvimento do processo legislativo” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os Métodos do Achatamento Político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 51.

⁷²³ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁷²⁴ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Ecio Oto Duarte Dimitri (Coord). *Teoria do Direito neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 435. O neoconstitucionalismo seria um neologismo, conceitualmente impreciso, que teria nascido para “exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo, no juspositivismo ou jusnaturalismo”.

⁷²⁵ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

Segundo Miguel Carbonell,⁷²⁶ o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação.

Ocorre que as constituições europeias do 2º pós-guerra, da mesma forma que a brasileira, são documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho, a família e direitos sociais de caráter prestacional. Boa parte das normas dessas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica, e essa aplicação direta das normas constitucionais pelo Poder Judiciário fatalmente acarretou a ampliação da atuação desse Poder.

Não há dúvida de que, nesse cenário, a importância política do Poder Judiciário cresceu. Questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados e, principalmente, por Cortes Constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que foi vencido na esfera do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário deixou de ser mero aplicador da lei para se tornar agente político, muitas vezes, atuando como se Poder Legislativo fosse.⁷²⁷ No

⁷²⁶ Cf. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197-208.

⁷²⁷ “Não deixa de ser conflitante a percepção de Madison, Hamilton e Jay a respeito de qual deveria ser o papel do Poder Judiciário com a posição defendida pelos neoconstitucionalistas, pois, para eles, “o poder judicial, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, porque será o menos capaz de molestá-los ou de lhes causar dano. O Executivo não só distribui as honrarias, mas empunha a espada da comunidade. A Legislatura não só comanda a bolsa, mas prescreve as normas pelas as quais se devem regular os deveres e direitos de todos os cidadãos. O judicial, pelo contrário, não tem nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução aquitiva, seja ela qual for. Pode ser dito com verdade que não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos. E tem de depender em última instância da ajuda do braço executivo para a eficácia dos seus juízos. Uma simples visão do assunto sugere várias consequências importantes. Ela prova incontestavelmente que o judicial é sem comparação o mais fraco dos três departamentos do Poder, que nunca pode atacar com sucesso qualquer dos outros dois e que é indispensável todo o cuidado possível para lhe dar a capacidade de se defender dos ataques deles”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 685.

neoconstitucionalismo, como ensina Sarmiento,⁷²⁸ a leitura clássica da separação dos poderes cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. Além disso, tendo em vista que o foco do neoconstitucionalismo é o juiz, essa corrente acaba por desconsiderar o papel dos demais poderes na interpretação da Constituição, o que a expõe a fortes críticas de que seria elitista e refratária ao autogoverno popular.

A sistemática adotada pela CR/88 favoreceu o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu o poder de provocar o STF a qualquer partido político com representação no Congresso; às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, entre outras entidades.⁷²⁹ Dessa forma, é remotíssima a possibilidade de alguma questão polêmica, resolvida pelo Poder Legislativo, não desaguar no Judiciário pelos perdedores do processo político, a fim de que este órgão dê a palavra final sobre o tema.

Porém, apesar dos problemas a serem superados pela corrente do neoconstitucionalismo, muitos autores, expressamente, adotaram-na como a nova forma de pensar o direito. Assim o fizeram: Ana Paula de Barcellos,⁷³⁰ Antonio Cavalcanti Maia,⁷³¹ Daniel Sarmiento,⁷³² Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁷³³ Eduardo Moreira,⁷³⁴ Lênio Luiz Streck,⁷³⁵ Luis Roberto Barroso,⁷³⁶ enquanto outros adotaram postura crítica

⁷²⁸ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

⁷²⁹ WERNEWCK, Luiz Viana. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e Conservação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENDI, Marcelo; Branda, Gildo Marçal. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo e Rotshild Editores, 2008, p. 91-109.

⁷³⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

⁷³¹ Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

⁷³² Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

⁷³³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. Direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325-350.

⁷³⁴ Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

⁷³⁵ Cf. STRECK, Lênio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 203-228.

⁷³⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 de jul. 2013.

sobre a nova perspectiva, como Carlos Blanco de Moraes,⁷³⁷ Elival da Silva Ramos,⁷³⁸ Dimitri Dimoulis,⁷³⁹ José Levi Mello do Amaral e Carlos Bastide Horbach,⁷⁴⁰ e Humberto Ávila.⁷⁴¹

Há um relativo consenso quanto à definição das características centrais do novo paradigma, que serão mais bem analisadas a seguir. São elas: valorização dos princípios; adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; reconhecimento e defesa da constitucionalização do direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

A Constituição é vista como um complexo normativo de princípios e regras, com força irradiante para todas as áreas do direito, e assume uma função dirigente, determinando ao poder constituído o que pode e o que deve decidir.

Há uma hierarquia entre princípios e regras, sendo os princípios superiores às regras. Além disso, a Constituição dirigente é aberta, logo valores extrajurídicos de recorte moral inerentes à ideia de justiça passam a incorporar o sistema normativo, e pior, por alçarem status de princípios, são superiores às regras constitucionais expressamente previstas.

A norma jurídica passa a ser vista como direito interpretado, ou seja, a norma é aquilo que o juiz cria a partir do texto. Assim, a jurisprudência alça status de fonte do direito, sendo ainda defendida por alguns a ideia de que o direito é o que dizem os juízes a partir dos princípios e não o que consta da lei.

Na via interpretativa, afastam-se os métodos de interpretação clássicos, oriundos do positivismo, substituindo-se o método dogmático e a lógica subsuntiva por uma nova hermenêutica, sem método jurídico, aparentemente, influenciada por anarquistas do método científico como Feyerabend, que insiste que a ciência “é muito

⁷³⁷ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁷³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

⁷³⁹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 43-60.

⁷⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello; HORBACH, Carlos Bastide. *Sobre árbitros e jogadores: quem é quem no direito constitucional brasileiro?* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/analise-constitucional-quem-quem-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 maio 2016.

⁷⁴¹ Cf. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 187-202.

mais ‘bagunçada’ e ‘irracional’ do que a sua imagem metodológica”, mais que isso, não há critério de delimitação que “possa de forma útil distingui-la da não ciência, ideologia ou até mesmo mito”.⁷⁴²

[...] não significa que não existem princípios metodológicos racionais, porém apenas que, se temos de ter princípios metodológicos universais, terão que ser tão vazios e indefinidos como “qualquer coisa vai”; qualquer coisa vai não expressa nenhuma convicção minha, é um sumário jocoso da condição racionalista.⁷⁴³

Outra vertente do neoconstitucionalismo adota como método científico o princípio da ponderação e justifica a cientificidade do movimento pela teoria da argumentação. Assim, a argumentação teria uma função racional e seria um instrumento para o consenso, não apenas para o convencimento de um auditório, pois ela se preocuparia com a moral, o que a diferenciaria da mera retórica, embora essa seja a sua origem.

No que tange a este trabalho, a principal contribuição do neoconstitucionalismo ao tema que se pretendeu analisar é a sua posição no que concerne à tutela dos direitos fundamentais. Para o mencionado movimento, os direitos fundamentais seriam o vértice das normas constitucionais, na medida em que o valor primacial da dignidade da pessoa humana teria uma função dominante na Constituição contemporânea.⁷⁴⁴

A posição dos direitos sociais é revista, estes deixam de ser normas programáticas e passam a ser vistos como normas exequíveis por si mesmas, uma vez que comporiam o núcleo indissociável da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, haveria uma unidade dogmática entre direitos civis, sociais e políticos de conteúdo mais essencial, logo deveriam ter o mesmo valor, aproximando-se o regime de proteção, independentemente da eficácia das normas que os declaram.⁷⁴⁵

Essa linha de raciocínio leva à seguinte conclusão: uma vez que não há distinção entre direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais, estar-se-ia obrigado a

⁷⁴² FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 179 e 297.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 179 e 297.

⁷⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

⁷⁴⁵ Cf., no mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 226 et seq. BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45 et seq.; PINTO e NETTO, Luisa Cristina. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92 et seq.

reconhecer que esses últimos teriam a aplicação imediata. Sem falar que competiria ao Judiciário um importante papel de garantia dos direitos sociais, suprindo omissões do legislador, com os recursos acima expostos, especificamente da nova hermenêutica e das operações interpretativas e integrativas, por meio da teoria da argumentação jurídica.

Fato é que o neoconstitucionalismo está influenciando o Judiciário brasileiro, principalmente o STF. São exemplos eloquentes: a alteração da Corte em relação aos direitos sociais, principalmente o direito à saúde e à educação, antes visto como normas programáticas e hoje encarados como normas exequíveis por si mesmas,⁷⁴⁶ e o novo posicionamento diante da potencialidade do mandado de injunção.⁷⁴⁷ O fortalecimento da figura do juiz, somado à superação da visão kelseniana clássica, ancorado no pensamento de Montesquieu de que a jurisdição constitucional equiparava-se ao “legislador negativo” e a adoção de técnicas decisórias menos heterodoxas, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia das nulidades e as sentenças aditivas, permitiram ao Poder Judiciário adentrar terrenos antes reservados ao Poder Legislativo, como o fez ao decidir sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias,⁷⁴⁸ aborto de feto anencéfalo,⁷⁴⁹ união de pessoas do mesmo sexo,⁷⁵⁰ perda do mandato parlamentar em caso de mudança de partido,⁷⁵¹ salvo determinadas exceções, fixação do número de vereadores de acordo com a população da respectiva cidade,⁷⁵² pressupostos para edição de medidas provisórias e controle jurisdicional dos atos da CPI.

Outro fator que favorece essa visão mais ativa do STF é a descrença geral da população em relação à vida política, com especial ênfase ao Poder Legislativo. Essa visão negativa é fortalecida em razão dos inúmeros escândalos oriundos de agentes políticos que compõem esse Poder e a existência de uma expectativa geral de que a

⁷⁴⁶ Cf. Petição 1.246 MS/SC, julgada em 31/01/1997 (obrigação do Estado de realizar transplante de células mioblásticas para salvar a vida de criança); Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 271.286/RS, DJU 24.11.2000 (entrega de medicamentos para portadores de HIV); e Agravo de Instrumento do Recurso Extraordinário nº 410.715-5, julgado em 22/11/2005 (obrigação de fornecimento de vagas para educação infantil pelo município, com atendimento em creches e pré-escola).

⁷⁴⁷ Cf. Mandado de Injunção 670/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, em que o STF, revendo orientação anterior, deu eficácia normativa à sentença proferida no mandado de injunção. No caso, decidiu-se que, até o advento de lei regulamentadora sobre a greve no serviço público, o direito de greve poderia ser exercido, obedecendo-se os limites impostos pela Lei 7.783/89, que trata dos movimentos paredistas em serviços essenciais no setor privado.

⁷⁴⁸ ADIN 3510/DF-STF.

⁷⁴⁹ ADPF 54 – STF.

⁷⁵⁰ ADPF 132 - STF.

⁷⁵¹ MS 26602, 26.603/DF e 26.604/DF - STF.

⁷⁵² Recurso Especial – STJ, 197.917/SP.

solução para esses problemas venha do judiciário. Esse sentimento é fortalecido quando o Poder Judiciário adota decisões em consonância com a opinião pública, como ocorreu com o caso do “Mensalão”, da “Operação Lava-Jato”, da vedação do nepotismo na Administração Pública, etc., sem falar que as sessões da Corte Constitucional são transmitidas em tempo real, o que favorece essa popularização dos julgados.⁷⁵³

Porém o neoconstitucionalismo encontra forte resistência por parte da comunidade jurídica, sendo inúmeras as objeções levantadas contra esse movimento. Além disso, a ausência de um método jurídico e o fato de essa doutrina tornar as normas jurídicas mais fluidas, flexibilizando o princípio da legalidade, sem falar que todas as questões jurídicas, por mais simples que sejam, são transformadas em questões constitucionais, faz com que surjam na doutrina fortes opositores ao neoconstitucionalismo:

O neoconstitucionalismo, contudo, em sua ânsia de reconstruir a teoria jurídica com fundamento em novos valores, relega a legalidade a segundo plano, passando a se importar primariamente com a substância das decisões. Tomando por base casos nos quais a sociedade viu-se transformada pelo direito, como o *Brown vs. Board Education* essa doutrina elabora um arsenal teórico que possibilita reproduzir as mesmas condições que desencadearam a emancipação social nesses casos simbólicos em todos os casos judiciais. Foca-se em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem revoluções sociais independente da política majoritária, o que, obviamente, só é possível se o Poder Judiciário não estiver subordinado às opções legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional totalizante, que influencia o modo de ver de todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para tanto já são conhecidos: princípios, valores, fins, ponderação, direitos fundamentais, etc. Esse passo faz com que o neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do estado de direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas, e, por outro, deixa a atividade jurisdicional menos previsível.⁷⁵⁴

Daniel Sarmiento também pontua três críticas ao neoconstitucionalismo que ele considerada como sendo as mais relevantes: a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão da singularidade da nossa cultura; c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização

⁷⁵³ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

⁷⁵⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, 2014. p. 201. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.⁷⁵⁵

5.4 Há mutação constitucional na concretização de omissão inconstitucional pelo poder judiciário?

Ana Cândida Cunha Ferraz dividiu a mutação inconstitucional em processos manifestamente inconstitucionais e processos anômalos.⁷⁵⁶ Essa subclassificação fazia sentido à época, porém a nova posição concretista do STF sobre as omissões inconstitucionais acabou por esvaziá-la, uma vez que esses processos anômalos eram, em grande parte, compostos por “práticas que paralisam ou impedem plena aplicação das normas constitucionais”.⁷⁵⁷

É discutível a classificação adotada por Ana Cândida de considerar os processos anômalos como uma forma de mutação inconstitucional. Isso porque, embora realmente exista uma inconstitucionalidade na omissão de um determinado Poder que tem uma obrigação constitucional de fazer e nada faz, há dúvidas se essa inconstitucionalidade omissiva acarreta uma mutação constitucional ou inconstitucional, em todos os casos.

A dúvida persiste, justamente, pelo conceito dado à mutação constitucional, pois, para a mutação se caracterizar, exige-se uma discrepância entre a norma escrita e a realidade social, de forma que a nova realidade altere a norma, sem modificá-la formalmente, ou seja, o texto continua intacto. Pois bem, nos casos do processo anômalo, o texto não é alterado nem a norma, muito menos a realidade social; na verdade, tudo permanece estanque.

Um exemplo pode ajudar a elucidar a questão. O direito de greve dos servidores está contido numa norma constitucional de eficácia institutiva,⁷⁵⁸ logo

⁷⁵⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, 2014. p. 201. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁷⁵⁶ Essa subclassificação é adotada por FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.212.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 212.

⁷⁵⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

depende de uma lei para que se torne exequível. Enquanto o Congresso Nacional não aprovar a Lei, os servidores públicos não têm direito de fazer greve. Observe-se que, no caso, não há dúvidas de que os servidores públicos poderão ajuizar mandados de injunção, e os legitimados para tanto poderão manejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de assegurar o direito de greve dos servidores, mas o fato é que, enquanto o judiciário não se manifestar ou o Congresso Nacional não publicar a referida Lei, os servidores públicos não poderão fazer greve. Dessa forma, o preceito constitucional “direito à greve após a publicação da lei regulamentadora”, continua válido.

A situação também seria diferente se, apesar da vedação contida na Constituição, a greve fosse realizada normalmente, sem a expedição de ato legislativo autorizativo. Dessa forma, é difícil defender que nos processos anômalos ocorrem mutações constitucionais ou inconstitucionais em toda situação em que existir uma demora na concretização da norma, uma vez que, enquanto perdurar a omissão inconstitucional, a mora dos Poderes na concretização da norma, isso em nada altera a realidade social, muito menos cria uma discrepância entre o texto vigente da Constituição e a norma. Na verdade, a norma constitucional até então vigente continua intacta. O que a omissão acarreta é o surgimento do direito subjetivo dos destinatários da norma de poderem se socorrer ao Poder Judiciário, em face da omissão inconstitucional perpetrada.

Todavia a mora prolongada a ponto de descaracterizar o direito subjetivo descrito na Constituição, contada a partir do momento em que todos os requisitos para a implementação da norma já se encontram presentes na sociedade, faltando apenas o ato normativo do poder omissor, pode gerar mutações inconstitucionais. Nessas situações excepcionais, a concretização da norma pelo Poder Judiciário pode ser tolerada, desde que preenchidos os requisitos descritos nos próximos tópicos.

Outra possibilidade que merece ser analisada é a tentativa de enquadrar a classificação de Anna Cândida acerca das mutações oriundas de processos anômalos como um processo de mutação inconstitucional semelhante ao desuso, pois a omissão de determinado Poder em efetivar os direitos e deveres estipulados por certa norma, acarreta o fato de a norma nunca se tornar exequível, logo o preceito constitucional se tornará letra morta, como se em desuso estivesse. Todavia, para que essa assertiva fosse plenamente verdadeira, seria necessário que uma norma em desuso produzisse os

mesmos efeitos de uma norma programática ou de uma preceptiva não exequível por si mesma, ou seja, que ambas não produzissem nenhum efeito.

Ocorre que, durante o lapso temporal entre a entrada em vigor de uma Constituição e a vigência da norma concretizadora, não é verdade que as normas programáticas ou preceptivas não exequíveis por si mesmas não produzam nenhum efeito. Alegações de que essas normas são meros programas a serem seguidos, desprovidas de força normativa, não coadunam com a realidade fática do nosso ordenamento jurídico.

A inexistência de um ato concretizador, por si só, não quer dizer que as normas não exequíveis por si mesma e as programáticas não produzam nenhum efeito jurídico. Jorge Miranda reconhece quatro efeitos desses tipos de normas constitucionais, quais sejam:

1. A impossibilidade de que uma lei promulgada posteriormente à Constituição contrarie o disposto nessas normas. A norma infraconstitucional que assim o fizer deverá ser afastada do ordenamento jurídico, tendo em vista o vício patente de inconstitucionalidade. Da mesma forma, as normas anteriores à promulgação da Constituição que contrariarem as normas não exequíveis por si mesmas, serão revogadas.
2. Após a efetivação da norma programática, em razão da expedição de ato legislativo que a regulamente, não será mais possível ao poder legislativo simplesmente revogar aquela Lei, sob pena de retrocesso social.
3. A norma não exequível por si mesma deve ser utilizada na interpretação sistemática
4. A não concretização dessas normas pode acarretar a inconstitucionalidade por omissão.⁷⁵⁹

O item 4 precisa ser mais bem analisado. Isso porque a não concretização dessas normas realmente pode acarretar a inconstitucionalidade por omissão, mas isso não quer dizer que toda vez que uma norma não exequível por si mesma ou uma norma programática não forem concretizadas se estará diante de um caso de inconstitucionalidade por omissão.

A principal diferença entre as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e as programáticas é o fato de que, para concretizar uma norma não exequível por si mesma, falta apenas um ato jurídico, que nada mais é do que a publicação do ato legislativo necessário. Entretanto as programáticas demandam, além do ato legislativo, condições sociais, fáticas, econômicas e/ou políticas para vigorar. Assim, é possível concluir que toda mora legislativa em concretizar a norma não exequível por si mesma,

⁷⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II, p. 293-294.

após decorrido o prazo estipulado pela Constituição, acarretará uma inconstitucionalidade por omissão, enquanto nas programáticas essa omissão apenas se caracterizará após demonstrado que o poder legislativo continuou em mora, apesar das condições, sejam elas políticas, econômicas, sociais e fáticas, já terem sido obtidas.

Dessa forma, é forçoso concluir que, embora as omissões constitucionais possam se aproximar do desuso, os institutos se diferenciam profundamente quanto aos seus efeitos.

Outra vertente de defesa possível de que esses atos seriam realmente mutações é que a Constituição dá uma ordem para um determinado Poder para concretizar uma norma e a não obediência desse Poder ao preceito constitucional produz efeito parecido ao de uma mutação inconstitucional, uma vez que um dos preceitos (a ordem emanada) das normas não exequíveis por si mesmas não está sendo observado. Porém esses argumentos apenas servem para comprovar que há uma inconstitucionalidade, em face da omissão de determinado poder que tem uma obrigação de agir e nada faz. Essa omissão inconstitucional é que respalda o direito dos prejudicados de se socorrerem no Judiciário, em razão do seu direito subjetivo que está sendo lesado. Todavia essa omissão, embora inconstitucional, como demonstrado, não acarreta alterações na norma constitucional, que se mantém estática, não há alterações de sentido, muito menos novas normas são produzidas em face do mesmo texto.

Todavia é fato que a concretização da norma por Poder diverso daquele que tem a obrigação constitucional de implementá-la gerará, em regra, uma mutação, isso porque, se a Constituição exige a expedição de uma determinada lei para que a norma se torne exequível, toda vez que a exigência constitucional for suprimida, ter-se-á uma mutação inconstitucional, salvo se os requisitos descritos nos próximos tópicos forem observados, pois, nesse caso, a mutação será constitucional.

É justamente isso que ocorreu com o direito de greve dos servidores públicos, pois, a partir da posição concretista adotada pelo STF, as normas não exequíveis por si mesmas passaram a poder ser implementadas sem a observância de um ato legislativo regulatório, já que, esse ato fora suprimido pelo Poder Judiciário. Na prática, tem-se greve de servidores públicos sem a publicação de lei específica regulamentadora. Não restam dúvidas de que a norma constitucional foi alterada informalmente, uma vez que um dos requisitos para o gozo do direito foi simplesmente afastado. Além disso, uma vez que a decisão do Poder Judiciário não se limita a determinadas partes de um caso concreto, mas se estende a toda coletividade, como se

lei fosse, dificilmente, num futuro próximo, haverá a expedição de um ato legislativo regulando o texto constitucional.

Apesar de discutível se toda omissão legislativa é realmente um processo de mutação inconstitucional, demonstrado está que toda concretização dessa omissão pelo Poder Judiciário, em face do entendimento do STF de que o mandado de injunção possui efeitos *erga omnes*, gerará, em regra, uma mutação inconstitucional, uma vez que um dos requisitos da norma, que é justamente a observância da reserva legal, ou seja, a expedição de lei para que a norma produza efeitos, não será observado. Em suma, o texto constitucional contraria, ainda que parcialmente, a norma em vigor, o que caracteriza uma mutação inconstitucional. Todavia há casos em que a reserva legal pode ser vencida pelo Poder Judiciário. Essas situações serão analisadas no próximo tópico.

5.5 Limites para a concretização de omissão inconstitucional pelo poder judiciário

Antes de adentrar os limites à concretização das normas não exequíveis por si mesmas pelo Poder Judiciário, torna-se necessário apontar que o tema não é pacífico, sendo que há fortes opositores à possibilidade de o Poder Judiciário suprir as omissões inconstitucionais perpetradas pelo Poder Legislativo, bem como ferrenhos defensores do tema.

Em Portugal, a concretização de normas não exequíveis por si mesmas pelo Poder Judiciário é uma realidade distante da forma como ocorre no Brasil, mas ainda assim há defensores da ideia. A concretização de normas não exequíveis por si mesmas é defendida, por exemplo, por Fausto Quadros e Manuel Afonso Vaz.

Fausto Quadros entende que os órgãos de aplicação do direito não poderiam deixar de respeitar os direitos fundamentais descritos na Constituição enquanto durasse a inércia dos órgãos legislativos. A simples menção desses direitos obrigaria o Judiciário a aplicar diretamente os preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais, por meio de regras de interpretação e integração das normas, resolvendo o problema das omissões inconstitucionais da mesma forma que o faz com uma lacuna.⁷⁶⁰

Manuel Afonso Vaz, por sua vez, reconhece a necessidade fático-política de regulamentação das omissões inconstitucionais. Todavia, em face da inexistência de

⁷⁶⁰ QUADROS, Fausto. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987, p. 58-59.

uma legislação, a aplicabilidade direta desses preceitos constitucionais implicaria a necessidade de o juiz poder conhecer, ainda que incidentalmente, a existência constitucional do direito individual e, em seguida, o Tribunal Constitucional deveria ser chamado a apreciar e verificar o não cumprimento das normas constitucionais tendo em vista a omissão legislativa perpetrada. Em seguida, o Tribunal deveria efetuar as medidas necessárias para tornar a norma efetiva.⁷⁶¹

Jorge Miranda, por sua vez, defende a necessidade de implementação de uma fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, mediante um mecanismo de reenvio prejudicial dos tribunais para o Tribunal Constitucional. Contudo, diferentemente dos autores supramencionados, Jorge Miranda⁷⁶² identifica a necessidade de uma revisão da Constituição para isso, bem como reconhece a impossibilidade de o juiz invadir o espaço de competência do Poder Legislativo. O seu posicionamento encontra-se assim fundamentado:

Aplicabilidade imediata significa proibição de normas legais contrárias a normas constitucionais que consignem direitos fundamentais, implicações na interpretação sistemática da Constituição, definição de critérios a atender pelo legislador, impossibilidade de revogação pura e simples de norma que dê cumprimento a Constituição. Não se enxerga como possa envolver outrossim o poder do juiz, de qualquer juiz, em qualquer caso concreto, de emanar ele próprio, por interpretação ou integração, a norma que o órgão legislativo, e só ele, deveria emitir.⁷⁶³

Na mesma linha do posicionamento de Jorge Miranda, Carlos Blanco de Moraes fala em risco de politização e do impacto dos custos atomizados das decisões para a estabilidade orçamental.⁷⁶⁴ Além disso, repudia a utilização de medidas normativas provisórias pelo Poder Judiciário, uma vez que, mesmo na Alemanha, país no qual esses atos são permitidos, as mencionadas medidas são utilizadas excepcionalmente:

[...] essas medidas de constitucionalidade controversa não podem ser banalizadas pois foram criadas para situações extraordinárias ou de emergência em que vazios legislativos, mormente os gerados com a decisão de inconstitucionalidade, podem criar graves prejuízos ou um perigo iminente, e nunca para preencher omissões constitucionais simples onde

⁷⁶¹ VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa: Lisboa Editora, 1992, p. 308.

⁷⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Tomo IV, p. 321 et seq.

⁷⁶³ MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: MIRANDA, Jorge et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Lisboa: Almedina, 2012, v. 1, p. 715.

⁷⁶⁴ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional, O direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 551.

essas situações não se coloquem, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.⁷⁶⁵

Porém o fato é que, apesar do peso das vozes em contrário, o Brasil, na contramão do mundo, tornou a questão corriqueira por meio da jurisprudência dos tribunais. Assim, uma vez que a possibilidade de o judiciário brasileiro concretizar normas não exequíveis por si mesmas se tornou uma realidade que não será revertida num curto espaço temporal, mesmo porque a Lei 13.300/16 que regulamentou o mandado de injunção expressamente previu essa possibilidade e, após demonstrar o atual cenário sobre a concretização dessas normas e explorar o neoconstitucionalismo, corrente de pensamento que fundamentou o tema no Brasil, necessário se faz apontar ao menos alguns limites mínimos que devem ser observados pelo judiciário, no momento da concretização das normas não exequíveis por si mesmas, sejam elas preceptivas ou programáticas, bem como demonstrar o limite objetivo para a mutação inconstitucional que sempre será perpetrada nesses casos.

Embora o judiciário brasileiro venha concretizando normas não exequíveis por si mesmas, o fato é que, em momento algum, os óbices soberania popular, democracia e separação dos poderes foram analisados e superados. Ao contrário, eles simplesmente foram ignorados ou, muitas vezes, remodelados de uma forma conveniente e pouco convincente.

A questão merece ser mais aprofundada, uma vez que essas decisões contam com o apoio popular, já que uma omissão inconstitucional, principalmente em direitos fundamentais ou sociais, acarreta enorme prejuízo para a população. Mas, além do pragmatismo e da necessidade imediata de uma sociedade carente, há fortes dispositivos que estão sendo desrespeitados. Esses institutos, caros à sociedade, fundamentam o constitucionalismo moderno, por isso precisam ser mais bem analisados.

5.5.1 Soberania popular

Jean Bodin criou um conceito absoluto para a soberania. A soberania seria o poder absoluto e perpétuo de uma República. A principal inovação de Bodin foi reconhecer o Estado soberano como sujeito e único titular do poder político. A definição

⁷⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*, O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, Tomo II, p. 524.

de Estado é, assim, jurídico-política e permite diferenciar o soberano do governo, distinguindo a fonte do poder do seu exercício material.⁷⁶⁶

O contratualismo, para Hobbes, representa a ideia de soma de poderes individuais confiados ao *Leviatã* diretamente ou por delegação representativa. A soberania do Estado é útil porque é contrária à guerra de todos contra todos, que é presente no estado de natureza. Essa visão de poder como um ente pacificador é fundamental para a contenção do caos social. Para Hobbes, a soberania é daqueles que firmam o pacto inicial do Estado – o povo – e não do monarca.⁷⁶⁷

O contratualismo prosseguiu com Rousseau, que afastou em definitivo a ideia de soberania dos príncipes. No *Contrato Social*, ele defende que o homem é bom, tanto que a sua involuntária permanência no estado de natureza, diferentemente do estado de exceção de Carl Schmitt, é um prejuízo à sua conservação. Nas palavras de Rousseau:⁷⁶⁸

É impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.

O produto dessa soma de forças é o Estado, que, por meio da soberania, “característica indissolivelmente ligada ao seu elemento humano, persegue o bem comum. Esse acordo entre pessoas que se identificam por vínculos geográficos, genealógicos e naturais é chamado de pacto social, que faz nascer o Estado”.⁷⁶⁹ O poder que faz esse pacto está na vontade coordenada da coletividade dos indivíduos, chamada vontade geral. Ela é a soma de forças populares e pode ser identificada como a própria soberania, por isso designada de popular.⁷⁷⁰

A natureza da soberania deriva do procedimento contratual segundo o qual a vontade geral substitui as vontades particulares, logo a essência da soberania se identifica com a vontade geral.

⁷⁶⁶ BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955. Tradução para o inglês de M. J. TOOLEY. Disponível em: <http://www.constitution.org/bodin/bodin_.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

⁷⁶⁷ SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Soberania, constitucionalismo e mundialização do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1831, jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11403>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

⁷⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 30.

⁷⁶⁹ SIMEÃO, *op. cit.*

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

Rousseau definiu o Estado Democrático de Direito, no sentido até hoje conhecido, em que o direito vincula, em termos isonômicos, governantes e governados, e em que o ordenamento tem no povo a sua fonte, sendo abstrato e impessoal. Se a soberania de um Estado pertence aos cidadãos, a autoridade constituída está automaticamente limitada no exercício desse poder, não podendo violar as liberdades individuais daqueles que representam as partes do contrato social.⁷⁷¹

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a soberania. O parágrafo único do art. 1º da CR/88 determina que “todo o poder emana do povo”. Logo dúvidas não há de que a Constituição adotou como política filosófica o contratualismo. Se a soberania popular é um fundamento da República brasileira e é constituída em Estado democrático, necessário se faz um aprofundamento no conceito atual de democracia, a fim de se verificar se o povo pode ser excluído do processo de elaboração das leis.

A soberania é popular, excluir o povo do processo soberano é permitir o absolutismo e afastar o Estado de Direito. A figura do soberano só pode ser justificada pelo contratualismo e este se configura por meio de eleições democráticas, nas quais o povo escolhe os seus representantes. Assim, qualquer imposição de norma geral e abstrata sem a observância da soberania popular, fere o Estado de Direito.

5.5.2 Democracia

É fato que a possibilidade de o Judiciário criar direitos, por meio da interpretação, partindo do texto constitucional e não o tendo como limite, por meio de uma fundamentação axiológica, gera insegurança jurídica, isso sem adentrar o terreno da separação dos poderes. Historicamente, já houve interpretações valorativas sobre o mesmo caso concreto no qual os pontos de chegada foram completamente diferentes. A moral dominante pode servir tanto para justificar um fato ou a sua legalização, como a sua criminalização. Um exemplo disso seria a prostituição, sobre a qual há argumentos morais tanto para tolerá-la, como para criminalizá-la. Carlos Blanco de Moraes crítica com maestria essa situação legiferante do Poder Judiciário.

⁷⁷¹ SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Soberania, constitucionalismo e mundialização do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1831, jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11403>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Mesmo no plano de direitos fundamentais, onde pontificam princípios, conceitos indeterminados e normas abertas iluminadas por valores de ordem ética, cumpre precisar que estes enunciados axiológicos não são propriamente espaços em branco que o intérprete possa colorir a seu gosto como nos almanaques de desenhos infantis. Eles carecem ser interpretados no seu contexto lógico sistemático, histórico e finalístico através de uma metodologia jurídica, sendo decisiva a relação de significado que o poder constituinte lhes pretendeu cometer. Conceber os princípios como delegações normativas em branco ao intérprete (mormente ao judiciário) para que este crie o direito a partir de suas próprias pré-compreensões políticas e filosóficas, de forma a desvalorizar ou a contrariar o próprio direito decidido pelo legislador democrático equivaleria a um verdadeiro golpe constitucional com cadência larvar e uma fraude à Lei Fundamental.⁷⁷²

Esse viés judicialista para a concretização das normas constitucionais sofre ainda de déficit democrático, pois, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por uma determinada elite dominante, sob pena de se caracterizar uma aristocracia.

É bem verdade que a democracia não se esgota no princípio majoritário, pressupondo a observação das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias.⁷⁷³ Neste sentido, são importantes as influências de Bruce Ackerman,⁷⁷⁴ que sustenta que as decisões adotadas pelo próprio povo, em contextos de grande mobilização cívica, devem ser protegidas do alcance da vontade dos representantes do povo formada em momentos em que a cidadania não esteja intensamente envolvida e de Jon Elster,⁷⁷⁵ que se apropria de uma passagem da “Odisseia”, no qual Ulysses determina que seja amarrado ao mastro do seu navio, a fim de ouvir em segurança o canto das sereias, e ordena aos seus subordinados que não obedeçam às suas ordens durante determinado percurso. Elster conclui que, no mesmo sentido do pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, esse fato poderia ser comparado àquele a que se submete o povo, quando atribui a si normas constitucionais fundamentais e limita seu poder de

⁷⁷² MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153/228, jan./mar. 2012.

⁷⁷³ Cf. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 97-113; HABERMAS, Jürgen. Popular Sovereignty as Procedure. In: BONHAM, James; REHG, William. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 35-66.

⁷⁷⁴ ACKERMAN, Bruce A. *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 1991, p. 3-33.

⁷⁷⁵ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 93 *et seq.*

reforma vindouro, para evitar que, vítima de suas próprias paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco a sua própria existência como corpo político, logo, para Elster,⁷⁷⁶ seria legítimo subtrair do alcance das maiorias determinadas questões fundamentais, que expressam princípios fundamentais de justiça política ou garantem os pressupostos da própria democracia, tendo em vista o risco de que, no processo político majoritário, em momentos de irracionalidade, o povo possa ser vítima de suas próprias fraquezas ou paixões momentâneas, atentando contra tais princípios.

A própria metáfora utilizada por Elster pode ser usada para criticar as limitações impostas ao poder de reforma, pois, se Ulysses, em momento de lucidez, pediu para ser amarrado e que as suas ordens não fossem obedecidas enquanto perdurasse o percurso assolado de sereias, o que fazer então caso não houvesse nenhuma sereia no caminho de Ulisses e ele mandasse que a sua tripulação o soltasse? Observe-se que, nesse caso, não faria o menor sentido o descumprimento das suas ordens. Logo a vinculação dos valores de uma sociedade presente a uma futura não é tão simples, pois o cenário construído em determinado momento histórico pode não só não se concretizar como modificar-se radicalmente.

O limite é tênue, e a solução está na dosagem correta entre a imposição de algumas restrições para a decisão das maiorias, que pode ser justificada em nome da democracia, e o exagero, por cercear em demasia a possibilidade de o povo se autogovernar.

Contudo alguns neoconstitucionalistas tentam justificar o déficit democrático, em face da falta de participação do povo no processo decisório, por meio das lições de Eugenio Raúl Zaffaroni,⁷⁷⁷ que afirma que:

[...] uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário.

Essa visão de Zaffaroni lembra um pouco a visão pessimista de Schumpeter,⁷⁷⁸ apenas no aspecto de diminuir a importância do povo no processo

⁷⁷⁶ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 93 *et seq.*

⁷⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

⁷⁷⁸ O chamado governo do povo, diz ele, é uma ficção, o que existe, na verdade, é o governo aprovado pelo povo, “o povo como tal nunca pode realmente governar ou dirigir”. [...] “A Democracia é um

democrático. Porém a questão fulcral não é se o Judiciário é ou não um poder que contribui para a manutenção da democracia como tentam demonstrar os adeptos do neoconstitucionalismo, a fim de justificar a possibilidade de o juiz criar o direito. A questão é se o Judiciário é um poder legitimado para inovar na ordem legislativa.

Para Habermas, autodeterminação democrática significa que os “destinatários das leis coercivas são, simultaneamente, autores das mesmas. Numa democracia, os cidadãos estão sujeitos apenas às leis que estabeleceram para si, de acordo com um processo democrático”.⁷⁷⁹ Nesse sentido, a democracia repousa na soberania popular. Assim, não basta a mera alegação de que o poder judiciário é funcional para o sistema democrático, pois isso apenas justifica a sua função de legislador negativo, da mesma forma que o poder de efetuar o controle de constitucionalidade das normas emanadas pelo legislativo também se fundamenta no papel de proteção das minorias. Essas, sim, são as suas contribuições para a democracia. Inovar na ordem jurídica, a ponto de gerar normas que obriguem os cidadãos não coaduna com o sentido de democracia empregado modernamente.

Uma tentativa para a solução desse impasse entre fundamentalistas e monistas é apresentada por Ackerman, por meio da sua democracia dualista. A Constituição dualista “busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”.⁷⁸⁰ As decisões tomadas pelo povo são raras e ocorrem em momentos especiais que demandam condições constitucionais especiais, que ocorrem apenas quando os partidários de um movimento político vão ganhando força, por meio de adesão paulatina do povo aos seus argumentos, sendo o mérito das propostas discutidas nos fóruns estabelecidos para a criação das leis, convencendo um número extraordinário de cidadãos, a ponto de que esse grupo, dentro dos processos eleitorais, adquira ampla maioria em todas as eleições federais, sendo que esse movimento duradouro possibilita que o presidente eleito escolha a maioria dos juízes da Suprema Corte. Esse cenário é bem diferente das decisões tomadas pelo governo, que ocorrem

método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas – legislativas e administrativas – e portanto não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas”. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 304 e 308-309.

⁷⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Porto: Editora 70, 2012, p. 75.

⁷⁸⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

diariamente. Porém é fato que mesmo essas decisões extraordinárias que são tomadas pelo povo, na verdade, são implementadas pelos agentes de governo.⁷⁸¹

Ackerman propõe o dualismo como solução para o impasse entre os fundamentalistas e os monistas. Os primeiros são aqueles que põem os direitos fundamentais, logo o direito, acima da democracia, enquanto os segundos defendem que a democracia e as decisões tomadas pelos representantes do povo devem prevalecer sobre o direito. O dualismo também parte do princípio de que primeiro prevalece a democracia em prol do direito, mas se diferencia dos monistas, pois não vê problema em que a Suprema Corte anule decisões políticas contrárias à Constituição. Para o dualismo, essas decisões só devem prevalecer quando um movimento político tem legitimidade democrática e consegue negociar com sucesso “os desafios para a criação normativa”.⁷⁸² Nesse caso, ele estará representando o julgamento constitucional do povo.⁷⁸³

Logo, nessa visão, a Suprema Corte é órgão legitimado a ser uma instituição de preservação, “essas instituições devem efetivamente evitar que princípios constitucionais estabelecidos sejam renegados, por meio de simples expedientes de aprovação da lei”. Todavia, caso o grupo político dominante se volte para o grau superior de criação da lei e questione os julgamentos anteriores realizados pelo povo e supere esses obstáculos, esse grupo pode adquirir autoridade para afirmar que o povo mudou de opinião. Caso essa assertiva seja verdadeira, as alterações legislativas perpetradas na Constituição devem prevalecer, mesmo que confrontem direitos fundamentais.⁷⁸⁴ Tratar-se-ia, nesse caso, de adaptações não convencionais, pois elas não observam os procedimentos descritos na Constituição e superam os limites do legalismo, todavia essas alterações, ainda que inconstitucionais, não rompem com a unidade constitucional, a ponto de configurar uma ruptura com a Constituição vigente. Note-se que, mesmo no dualismo, essas mudanças e inovações não surgem apenas do Poder Judiciário, mas das instâncias políticas legitimadas para tanto.

É claro que é fundamental contextualizar o autor no seu meio. Ackerman vive no sistema de *common law*, logo os precedentes e os superprecedentes são fontes

⁷⁸¹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁷⁸² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 12.

do direito. Todavia, num regime de *civil law*, não há amparo na democracia, mesmo na vertente dualista, para o protagonismo do Poder Judiciário na concretização de direitos.

A grande dificuldade da teoria dualista é demonstrar *a priori* que se trata de um movimento constitucional legitimado pelo povo, pois os próprios exemplos utilizados pelo autor, como *a fundação, a reconstrução e o new deal*, só foram reconhecidos por ele como momentos extraordinários de soberania popular muitos anos após a finalização de cada um desses momentos históricos, sendo que nenhum outro especialista do direito, antes dele, visualizou esses momentos constitucionais de soberania. Nesse sentido, uma das possíveis críticas é que o dualismo é mais uma teoria para fundamentar o fato inconstitucional consumado do que uma teoria que permite excepcionar regras constitucionais em face da soberania do povo, em determinado momento. Ou seja, se a justificativa da ruptura é uma autorização do povo soberano, é fundamental que esse povo saiba que está acontecendo um desses momentos constitucionais e realmente autorize essa usurpação da constituição. A teoria dualista será aprofundada no Capítulo 6.

5.5.3 Separação dos poderes

A teoria da separação dos poderes estruturada de forma tripartite foi desenvolvida por Aristóteles, que elencava três órgãos a quem cabiam as decisões do Estado. Ele dividia o poder da seguinte forma: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Em momento posterior, John Locke, aproveitando as ideias de Aristóteles, dividiu o poder em: Executivo, com a incumbência de aplicar as leis, e o Federativo que, muito embora tivesse legitimidade, não poderia ser desvinculado do Executivo, cabendo a este cuidar das relações internacionais do governo, além do Legislativo, que seria o poder superior, mas estaria limitado pelos direitos naturais dos cidadãos. A doutrina, no entanto, consagrou Montesquieu como o pai da tripartição dos poderes, uma vez que a sua forma de dividir o Poder é a considerada atualmente, sendo que, a partir de Montesquieu, o Judiciário voltou a ser um dos tripés do poder.⁷⁸⁵

A visão oitocentista do princípio da separação dos poderes, esboçada no liberalismo, já se encontra superada. É claro que o princípio persiste, inclusive, ele é

⁷⁸⁵ COUCEIRO, Julio Cezar. *Princípio da separação de poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10678>. Acesso em: 24 jun. 2013.

princípio estruturante na maioria das constituições ocidentais modernas, mas ele foi flexibilizado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde o princípio da separação dos poderes está descrito desde a Constituição de 1787, há a criação inovadora do direito pelos Tribunais, por meio da jurisprudência. No Brasil, onde, diferentemente dos EUA, vigora um direito codificado, a Constituição permitiu que o Executivo legislasse por meio de medidas provisórias, que o Legislativo julgasse o presidente da República nos casos expressamente previstos e que o Judiciário detivesse a iniciativa de alguns projetos de lei. Na Alemanha, existe a possibilidade de o Tribunal Constitucional, em situações excepcionais, emitir transitoriamente medidas normativas com força de Lei. Isso demonstra que a visão rígida de que um poder não pode atuar na esfera de outro poder, não mais subsiste.

A divisão dos Poderes associou-se à ideia de Estado Democrático de Direito, pelo fato de ela ter-se filiado ao sistema de freios e contrapesos na intersecção entre tais Poderes. Ou seja, é a proposta de uma divisão funcional entre três esferas (administração, legislação e jurisdição), de modo que um órgão não possa extrapolar seus limites sem ser freado pelos demais.⁷⁸⁶

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.⁷⁸⁷

O Poder Legislativo legitima-se por meio do processo legislativo, assegurando-se a deliberação democrática a respeito das matérias permitidas pela

⁷⁸⁶ MATOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial: limites da criação judicial no Estado de Direito. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2784/2565>>. Acesso em: 23 de jun. de 2013.

⁷⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220-221.

Constituição. O Executivo concretiza os preceitos nos termos descritos pelo Poder Legislativo por meio de estrutura hierárquica previamente definida e pela adoção de atos impessoais e transparentes. Já o Poder Judiciário cumpre sua função no processo judicial, que, institucionalmente estruturado, assegura a participação do cidadão por meio do devido processo legal, sempre com elevado grau de individualização.⁷⁸⁸

Uma vez que o poder é ilimitado, ele só pode ser restringido por ele próprio. A separação dos Poderes limita o uso do poder, pois evita que ele fique concentrado em um único ente, dificultando o abuso do poder.

Porém é o sistema de freios e contrapesos que constitui o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes no Estado de Direito contemporâneo, pois, além de o Poder estar segregado, um controla e limita o outro.⁷⁸⁹

Porque a natureza da lei é política, mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca, *ipso facto* no Estado de Direito – em que, pela disposição das coisas o poder limita o poder – um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores.⁷⁹⁰

Houve certa flexibilização e maleabilidade do princípio da separação dos Poderes, mas isso não quer dizer que não existam parâmetros mínimos a serem observados, sob pena de um Poder sobrepor-se aos demais, acarretando o desequilíbrio da balança e pondo em risco o Estado Democrático de Direito.

O mencionado limite é o núcleo essencial de cada Poder. Um não pode atuar dentro do núcleo de outro. O núcleo central de cada Poder constitui um limite jurídico ao poder de revisão constitucional e ao próprio poder constituinte de um Estado Democrático. Sobre o tema, são esclarecedoras as lições de Carlos Blanco de Moraes.⁷⁹¹

Com efeito, no que tange ao poder constituinte, o princípio da separação dos poderes não pode ser desfigurado pela arrumação constitucional específica das competências dos poderes soberanos em termos que envolvam a negação do seu “centro de gravidade”, o qual radica em três dos seus pilares axiológicos e objetivos políticos fundacionais: a partilha do poder político por uma pluralidade de titulares como forma de o limitar; a preclusão de uma

⁷⁸⁸ MATOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo judicial: limites da criação judiciária no Estado de Direito*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2784/2565>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

⁷⁸⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo das origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 259-260.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 259-260.

⁷⁹¹ MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 53.

concentração omnicompetente do poder “numa só mão”: e a proibição de ingerência de certos órgãos no objeto medular das competências de outros.

É importante frisar que, dentro do núcleo essencial, apenas o Poder legitimado poderá dar a última palavra, salvo expressa previsão constitucional em sentido contrário. Ou seja, mesmo nos casos em que um Poder esteja autorizado a exercer atribuições de outro, ele jamais poderá dar a palavra final sobre a questão. Por exemplo, nos casos de medidas provisórias, em que o Poder Executivo exerce função do Poder Legislativo, a última palavra será sempre do Legislativo – se converte ou não a medida em lei. No caso da CPI, que tem poder de autoridade judiciária, a última palavra será sempre do Poder Judiciário. Da mesma forma, os atos do Executivo relativos a políticas públicas, mesmo que possam ser controlados pelo Judiciário, não possibilitam que este seja agente implementador de políticas públicas; quem decide a política pública a ser realizada é a administração e não o órgão de controle.

Essas considerações revelam que o exercício das funções do Estado exige um mínimo de autonomia organizacional, sendo invariável que um poder intervenha nas atribuições precípuas de outro poder. O fato é que, atualmente, experimenta-se na estruturação dos Estados uma interferência muito maior de um poder em relação a outro do que em séculos passados, e tal interpenetração cada vez mais vem se intensificando. Assim, a sociedade evoluiu de uma estrita separação de Poderes para uma separação atenuada pelo sistema de freios e contrapesos e pelas interferências funcionais de um Poder sobre o outro. É claro que essas interferências precisam ser constitucionalmente previstas, porém, no Brasil, na última década, ocorreu uma ampliação ainda maior das atribuições do Poder Judiciário, sem a devida previsão constitucional. Esse fenômeno ficou conhecido como “ativismo judicial”.⁷⁹²

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício descabido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão

⁷⁹² MATOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo judicial: limites da criação judiciária no Estado de Direito*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2784/2565>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.⁷⁹³

Embora o termo “ativismo judicial” já esteja consagrado na doutrina brasileira como a interferência indevida do Poder Judiciário quando este extrapola a função jurisdicional invadindo as atribuições dos demais Poderes, especialmente o Poder Legislativo, o termo acarreta alguma confusão. Por essa razão, é preferível nomear esse fenômeno como “judicialização da política” e deixar o termo “ativismo judicial” para designar a postura proativa do Poder Judiciário, que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes, respeitando, dessa forma, a origem do termo, que remete à postura ativista da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana de 1953-1969, à época presidida por Earl Warren, que produziu uma série de jurisprudências garantistas relativas aos direitos fundamentais.

Uma vez que os Poderes têm suas funções típicas e atípicas delimitadas pela Constituição, sua atuação deve ser controlada pelos próprios Poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, a fim de que um Poder limite o outro.⁷⁹⁴ Porém, se um poder assume a função do outro, o que se tem é uma deformação do Poder, o que pode acarretar uma das três formas de distorções de governo apontadas por Aristóteles: a tirania, a oligarquia e a democracia (o termo deve ser lido modernamente como demagogia).

5.5.4 As omissões no direito da união europeia e o direito comparado – limites oriundos da jurisprudência do tribunal de justiça

O presente tópico é uma breve síntese de um artigo já publicado pelo autor desta tese sobre um tema mais vasto, porém, algumas das conclusões exaradas no referido artigo podem ser utilizadas no presente capítulo.⁷⁹⁵

⁷⁹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

⁷⁹⁴ MATOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo judicial: limites da criação judiciária no Estado de Direito*. Disponível em: <<http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2784/2565>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

⁷⁹⁵ O presente tópico faz um paralelo com os argumentos utilizados em artigo publicado pelo autor da tese, em coautoria com um dos seus coorientadores, sobre a aplicação direta de uma diretiva da União Europeia. O que se pretende é demonstrar que os mesmos limites já apontados para a aplicação direta de uma diretiva pelo Tribunal de Justiça da União Europeia também devem ser observados pelo STF no momento da concretização de normas não exequíveis por si mesmas, sejam elas preceptivas ou programáticas. Cf: MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das

O que se diz acerca do direito interno sobre o problema das omissões legislativas inconstitucionais deve ser estendido a outras ordens jurídicas, por exemplo, ao direito da União Europeia, como ocorre nos casos de ação por incumprimento proposta contra um Estado-membro em face da não transposição de uma diretiva, ou mesmo na jurisprudência mais ativista do Tribunal de Justiça, que concretiza a aplicação direta de uma diretiva não transposta, em alguns casos. O fato é que existe forte semelhança entre concretização direta de uma norma constitucional pelo Poder Judiciário e o efeito direto de uma norma contida num tratado, num regulamento ou numa diretiva.

O efeito direto se individualiza “pelo fato de tornar possível a invocação de normas expedidas pela União Europeia que contenham direitos e/ou obrigações para particulares perante os tribunais nacionais”.⁷⁹⁶ Efeito direto⁷⁹⁷ significa, assim, que o ordenamento jurídico da União Europeia cria obrigações e confere direitos também para os cidadãos da União Europeia.⁷⁹⁸

O efeito direto não foi previsto inicialmente nos Tratados da União Europeia, todavia a Jurisprudência do Tribunal de Justiça o reconheceu,⁷⁹⁹ mesmo com a resistência inicial de determinados Estados-membros.⁸⁰⁰ O *leading case* ocorreu no caso *Van Gend en Loos*.⁸⁰¹

No mesmo acórdão em que o Tribunal de Justiça reconheceu o efeito direto, ele também fixou requisitos mínimos para uma norma produzir esse efeito. São eles: 1) que a norma fosse clara e sem elevado grau de ambiguidade; 2) que a norma fosse incondicional; 3) que a respectiva operacionalidade não dependesse de normas posteriores comunitárias ou nacionais, ou seja, que vinculasse obrigações negativas⁸⁰².

diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 13, n. 2, p. 535-564, 2016.

⁷⁹⁶ MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 13, n. 2, p. 535-564, 2016.

⁷⁹⁷ Cf – Acórdãos TJUE: Variola; Leonesio, de 17 de maio de 1992, Proc. 93/71, Rec. 1992, p. 287, nº 22 e 23; Politi, Proc. 43/71, de 14 de dezembro de 1971, Col. 1971, p. 419.

⁷⁹⁸ MELO; AMARAL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 535-564.

⁷⁹⁹ Sobre as normas da União Europeia terem o efeito direto como regra, Cf. PESCATORE, Pierre. The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law, *European Law Review*, n. 8, 1983, p.155.

⁸⁰⁰ BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito comunitário/Klaus-Dieter Borchardt. 1986, p. 97. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf >. Acesso em: 05 de Jun. de 2013, p. 97.

⁸⁰¹ MELO; AMARAL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 535-564.

⁸⁰² *Ibidem*, p. 535-564.

Porém alguns dos requisitos fixados inicialmente, foram alterados com a evolução jurisprudencial sobre o tema. O requisito da clareza foi derogado pelo argumento de que a falta desse requisito caracteriza normas de complexo normativo de qualquer ordem jurídica, permitindo interpretações diversas.⁸⁰³

O terceiro requisito também foi relativizado no julgamento do caso *Defrenne v. Sabena*⁸⁰⁴, no qual o Tribunal pronunciou-se sobre o efeito direto do art. 119 do Tratado CEE,⁸⁰⁵ cuja redação determinava uma obrigação positiva aos Estados-membros a ser cumprida dentro de determinado lapso temporal.⁸⁰⁶

A jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça sobre o tema, que perdura até a presente data, fundou-se na determinação de dois requisitos da norma para condição de efeito direto: a precisão e a incondicionalidade.⁸⁰⁷

Esses dois limites reconhecidos pelo Tribunal de Justiça devem ser observados por todos os tribunais no momento de concretização de omissões legislativas inconstitucionais. Não é possível concretizar uma norma não exequível por si mesma, caso ela não seja precisa e incondicional.

5.5.5 A impossibilidade de o Poder Judiciário inovar na ordem jurídica

A concretização das normas pelo Poder Judiciário, dentro de um Estado Democrático de Direito, só é possível se a norma constitucional já tiver sido suficientemente detalhada a ponto de prever todas as informações necessárias para a sua efetivação, não sendo admitido que o Judiciário inove ou crie algum requisito não previsto na Constituição. O núcleo essencial do poder legislativo é o de criar normas gerais e abstratas. O fundamento da democracia é de que nenhum cidadão será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei aprovada pelos seus representantes eleitos. Assim, o Judiciário, em razão não só do déficit democrático, mas também por força da soberania popular, não poderá inovar na ordem jurídica vigente.

⁸⁰³ MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 13, n. 2, p. 535-564, 2016.

⁸⁰⁴ Acórdão TJUE de 8 de abril de 1976, *Defrenne v. Sabena*, Proc. 43/75, Col. 1976, p. 193.

⁸⁰⁵ Atual art. 157 do TFUE.

⁸⁰⁶ MELO, *op. cit.* p. 535-564, 2016.

⁸⁰⁷ MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 13, n. 2, p. 535-564, 2016.

Um excelente exemplo é o que ocorreu em face do § 7º, do art. 195 da Constituição da República do Brasil, que dispõe que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei”. O mencionado artigo foi objeto do Mandado de Injunção a seguir:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.⁸⁰⁸

Observa-se que, nesse caso, o STF não inovou na ordem jurídica, a própria Constituição estabeleceu todos os requisitos mínimos necessários para a regra da imunidade prevalecer, competindo à lei ordinária apenas elencar as exigências necessárias para caracterizar uma entidade beneficente. Se o Congresso não publica uma lei que discrimine os requisitos para se enquadrar uma entidade como de beneficência, é forçoso concluir que, em face da mora, o Judiciário poderá concretizar a norma, permitindo que todas as entidades beneficentes gozem da imunidade, até que o Congresso edite lei posterior. Dessa forma, é fácil visualizar que um dos limites objetivos para a concretização é que a norma constitucional tenha previsto todos os requisitos mínimos necessários, sendo vedado ao Judiciário criar qualquer requisito para a norma vigor.

Seria impossível, por exemplo, o Judiciário concretizar o direito à alimentação, previsto no art. 6º da Constituição. Suponha-se que a questão fosse ao Judiciário. Primeiro problema: quem é o legitimado passivo: a União, o Estado ou o Município? Segundo, qual é a obrigação contida nesse artigo: deverá um dos entes disponibilizar os alimentos ou ressarcir as pessoas pelos alimentos consumidos? A quantas refeições ou a qual quantidade de alimento o requerente faz jus? Quais tipos de alimentos serão fornecidos? Muitas outras perguntas precisariam ser respondidas antes de se concretizar o direito do requerente. Nesse caso, claro está que qualquer decisão do

⁸⁰⁸ MI 232 RJ, Relator Ministro MOREIRA ALVES, DJ 01/08/1991.

Judiciário que seja favorável a esse pleito necessitará inovar na ordem jurídica vigente, o que só é possível mediante regra geral e abstrata a ser efetuada pelo poder competente.

Outro requisito político específico de uma norma programática é que o poder judiciário, para concretizá-la, deverá demonstrar que todas as circunstâncias fáticas, sociais, políticas e econômicas já foram alcançadas pela sociedade, não bastando a mera alegação geral. É preciso comprovar cada assertiva. Assim, se for concretizar, por exemplo, uma norma referente à educação, deverá demonstrar, dentre outras coisas, a capacidade orçamentária da União, do Estado ou Município de custear aquela política pública, não só para aquela situação jurídica específica, mas para todos os sujeitos que se encontram na mesma situação fática, abstratamente. Isso porque, como demonstrou Jorge Miranda, apenas as não exequíveis por si mesmas necessitam somente de fatores jurídicos para vigerem, ou seja, todos os demais fatores já foram preenchidos. As programáticas, porém, necessitam, além dos fatores jurídicos, dos sociais, políticos e econômicos. Por isso, raríssimas vezes será possível que o Judiciário concretize essas normas, pois essa análise fática, política, social e econômica é muito difícil de ser realizada no bojo do Poder Judiciário, sendo mais viável de ser concretizada pelos poderes Legislativo e Executivo, em conjunto, dentro do processo legislativo ordinário, tendo em vista as particularidades necessárias.

A impossibilidade de concretizar normas programáticas ou mesmo normas preceptivas não exequíveis por si mesmas que não foram suficientemente reguladas não quer dizer que o Judiciário está impossibilitado de socorrer aqueles que o procuram. Ele apenas não poderá concretizar a norma pretendida, mas poderá fixar indenização, desde que a parte requerente demonstre a inconstitucionalidade da omissão legislativa, o nexo de causalidade e os prejuízos causados. A responsabilidade civil por omissão legislativa é prevista no art. 22 da Constituição Portuguesa e é regulamentada pela Lei 67/2007. No Brasil, embora não exista uma lei específica sobre o tema, a responsabilidade jurídica do Estado decorre diretamente do disposto no art. 37, § 6º da Constituição da República do Brasil.⁸⁰⁹

⁸⁰⁹ Sobre o tema, cf. ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. ALMEIDA, Mário Aroso de. A responsabilidade do legislador no âmbito do art. 15º do novo regime introduzido pela lei nº 67/2007, de 31 de dezembro de 2007. *Revista Julgar*. Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 5, p. 39-50, 2008. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado por omissão legislativa - Caso do Art. 37, X da Constituição da República*. São Paulo: Malheiros, 2006. MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992. MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado: a Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro*.

5.6 Limites à mutação constitucional oriunda da não observância do princípio da reserva legal

Como demonstrado, toda vez que o judiciário concretizar diretamente uma norma preceptiva não exequível por si mesma ou uma programática e conceder a ela efeito *erga omnes*, ele terá ultrapassado, em regra, o limite da mutação constitucional, salvo se a norma já tiver sido suficientemente regulada em face das disposições constitucionais, sendo ela incondicional e precisa, não sendo necessária, para sua concretização, nenhuma inovação política, devendo ainda ser respeitada a provisoriedade da regulamentação, pois ela só é válida até a expedição da norma pelo poder legitimado. Nos demais casos em que a concretização não observar os limites propostos, o texto da Constituição não mais abarcará a norma, uma vez que a sentença ou o acórdão passará a ocupar o espaço antes reservado pela Constituição à lei.

Dessa forma, nos casos de mutação constitucional, não há que se falar que o texto é o limite, mas sim que a sua não observação é um requisito para o surgimento da mutação constitucional. Um limite natural à mutação constitucional é o controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, pois esse é o instrumento natural para se extirparem os atos eivados da mácula da inconstitucionalidade. Ocorre que, nos casos de concretização da norma omissiva, o agente causador da mutação constitucional é o próprio Poder Judiciário, que tem como tarefa ser o guardião último da Constituição. A situação se complica quando a mutação constitucional se origina ou tem o aval da última instância responsável pela fiscalização constitucional.

É fácil perceber que o único limite que afasta, sem sombra de dúvida, a mutação constitucional, em face da não observância do princípio da reserva legal, é o

Lisboa: Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados Sociedade de Advogados, RL, 2008. MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. URBANO, Maria Benedita. Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. In: *Boletim da Ordem dos Advogados de Portugal*, n. 27, p. 38-43, 2003. E ainda os seguintes julgados: STF. ADI 1458 MC/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996. DJU 20/09/96. STJ. REsp 571645/RS. Segunda Turma. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha, j. 21/09/2006. DJU 30/10/06. TRF 5ª Região. AC 359826/CE. Segunda Turma. Relator: Napoleão Maia Filho, j. 29/05/2006. DJU 19/07/06. STJ. RE 510467 AgR. Primeira Turma. Relator: Carmem Lúcia, j. 02/03/2007. DJU 30/03/07. STF. RE 424584. Segunda Turma. Relator para acórdão: Joaquim Barbosa, j. 17/11/2009. DJU 07/05/10. STF. ADI 2061. Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão, j. 25/04/2001. DJU 29/06/01. TRF 1ª Região. Primeira Turma. Apelação Cível 200034000030433. Relator: Antonio Sávio de Oliveira Chaves, j. 15/10/2003. DJ 01/12/03. STF. Primeira Turma. RE 472678. Relator: Marco Aurélio, j. 25/04/2006. DJ 17/05/2006. Tribunal Constitucional Português Acórdãos nº 276/89, 359/91 e 474/02.

fato de o próprio poder judiciário conceder às ações, que visam afastar a omissão perpetrada, efeito *inter partes*.

Uma tentativa de reduzir a banalização da concretização direta da norma faltante pelo Poder Judiciário é a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. A referida Lei delimita o alcance (restrito às partes)⁸¹⁰ e a produção de efeitos (validade até a edição de norma regulamentadora) da decisão provocada por mandado de injunção. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, é um bom exemplo de conflito entre Poderes, pois é uma tentativa do Poder Legislativo de frear ou ao menos reduzir a interferência do Poder Judiciário nos atos que são de sua responsabilidade. Todavia o próprio Poder Legislativo cedeu às forças do Poder Judiciário, uma vez que a referida Lei, majoritariamente, adotou as teses já consagradas no Poder Judiciário. Ela, por exemplo, admite a possibilidade de a decisão proferida em sede de mandado de injunção valer também para pessoas alheias à ação judicial ou ser aplicada a todos os que se encontram na mesma situação de seus autores, efeito *erga omnes* e *ultra partes*. Além disso, a Lei previu a figura do mandado de injunção coletivo, que, diferente do mandado de segurança coletivo, não encontra amparo na Constituição,⁸¹¹ todavia o STF já a admitia. Aqui há outro exemplo de mutação constitucional. Sem falar que ela adotou a teoria concretista intermediária ao regular os efeitos do mandado de injunção.⁸¹² Na prática, a

⁸¹⁰ Lei 13.300, de 23 de junho de 2016:

art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

⁸¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil:

art. 5º

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

⁸¹² Lei 13.300, de 23 de junho de 2016:

art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do *caput* quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Lei 13.300, de 2016, apenas veio tentar legitimar as situações que já eram corriqueiramente realizadas pelo Poder Judiciário, sem amparo constitucional.

Porém é fato que aquilo que estava sendo tratado como regra, efeito *erga omnes* do mandado de injunção, passa a ser exceção, e, como a decisão judicial transitada em julgado, produz efeitos apenas até a edição da norma regulamentadora,⁸¹³⁸¹⁴ ocorrerá a figura da mutação constitucional em trânsito, apenas nos casos em que o STF conceder o efeito *erga omnes* aos casos que a norma não poderia ser concretizada, tendo em vista a ausência dos requisitos expostos no tópico anterior, uma vez que a mutação constitucional perpetrada, em face da reserva legal, sobreviverá apenas até a edição da lei regulamentadora. Isso, claro, se se entender inconstitucional a delegação de poder dada ao Judiciário de legislar para toda coletividade, pois, caso a Lei 13.300/16 seja constitucional, não há mais que se falar em reserva legal, muito menos em mutação constitucional, pois o ato do Poder Judiciário estará amparado em expressa previsão legal que delegou a esse Poder a responsabilidade de regulamentar a norma faltante, enquanto o Poder Legislativo se mantiver em mora. Todavia uma delegação desse porte deveria ter sido realizada pela própria Constituição, pois se trata de matéria constitucional.

Outro problema é que os efeitos *erga omnes* são típicos das ações coletivas, todavia os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* foram previsto pela Lei 13.300/16 também para os mandados de injunção individual. O problema seria reduzido se esses efeitos fossem previstos apenas para o mandado de injunção coletivo, porém, ainda assim, ele remanesceria, uma vez que a previsão do mandado de injunção coletivo na Lei 13.300, de 2016, não supre a mutação constitucional, originalmente levada a efeito pelo Poder Judiciário, ao criar um remédio constitucional não previsto na Constituição. Isso

⁸¹³ A figura da mutação constitucional em trânsito já é possível de ocorrer no Brasil, desde a posição concretista geral do STF. Isso porque, na vigência da corrente concretista intermediária, a sentença em mandado de injunção fazia coisa julgada. Cf.: “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos; d) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (MI 283, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENTA VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-882).

⁸¹⁴ Todavia, a partir dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, a decisão, em sede de mandado de injunção, com efeito *erga omnes*, passa a ser de caráter temporário e não faz coisa julgada. Dessa forma, se no futuro o legislador editar uma norma que regule o direito contido na norma a ser concretizada, esta prevalecerá.

porque, para regularizar a situação, é necessário alterar a própria Constituição, logo a mutação constitucional inicialmente perpetrada pelo judiciário apenas foi reforçada por mais uma mutação constitucional, realizada agora por ato do Poder Legislativo, uma vez que a Lei 13.300/16 cria um remédio constitucional não previsto na Constituição. Não é a primeira vez que, no Brasil, o Poder Judiciário cria um remédio constitucional originalmente não previsto na Constituição. Antes da criação do mandado de segurança, o Poder Judiciário acatou a doutrina do *habeas corpus* como supedâneo do mandado de segurança, logo o Poder Judiciário ampliou os casos em que a Constituição previa o cabimento do *habeas corpus*.

6 LIMITES À MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

6.1 A mutação inconstitucional

A mutação inconstitucional é a espécie de alteração informal que não respeita o programa normativo e, na linguagem de Canotilho, essas mutações “são alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional”.⁸¹⁵

A mutação inconstitucional opera quando as alterações perpetradas contrariam a Constituição. O grande problema é o que fazer com essas mutações, uma vez que elas produzem efeitos como se constitucionais fossem.

Todas as espécies de mutação constitucional, desde que não respeitados os limites da Constituição, podem acarretar mutações inconstitucionais. Assim, a mutação inconstitucional pode ser oriunda dos atos já apresentados no Capítulo 1, todavia existem algumas subespécies que sempre acarretarão mutações inconstitucionais. São elas: o desuso e as modificações operadas a partir da concretização das normas não exequíveis por si mesmas pelo poder judiciário, em face da não observância da reserva legal.

Além disso, outro problema que se pretende analisar é o que fazer, ou melhor, se há sentido em diferenciar as mutações inconstitucionais das constitucionais, depois de esses atos inconstitucionais serem respaldados pelo guardião da Constituição.

Jorge Miranda conceitua costume jurisprudencial constitucional como as decisões dos Tribunais Constitucionais que criam normas jurídicas.⁸¹⁶ Assim, o que fazer se essa norma constitucional criada pelo costume jurisprudencial do Tribunal Constitucional afrontar a Constituição? Na prática, ela terá validade da mesma forma que uma norma constitucional tem.

Konrad Hesse restringe o conceito de mutação. Ele separa mutação constitucional de quebra da Constituição ou anulação, conceito esse até então não desenvolvido pelos autores precedentes que enfrentaram o tema e que o incluíam no tópico “mutação constitucional”. As mutações constitucionais seriam as alterações da realidade social que se amoldam ao texto constitucional, ou seja, são os fatos sociais

⁸¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 835.

⁸¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo IV, p. 386-387.

que se conciliam com o programa normativo. Elas não anulam o texto, ao contrário, elas modificam o conteúdo do texto ou o complementam, sem, contudo, contrariá-lo, nesses casos, o texto erige-se como limite.

Hesse, claramente, separa do termo mutação os fenômenos que foram observados por Jellinek como “os acontecimentos históricos que transformam os fundamentos do Estado fora do direito”,⁸¹⁷ e exclui do conceito, ainda, as usurpações e as revoluções e os qualificam como quebra da Constituição. Essas quebras, para o autor, não têm limites:

Tudo que se situe mais além dessas possibilidades não será mutação constitucional, mas quebra constitucional ou anulação da Constituição. Pode ser que, de fato, se imponham “os acontecimentos históricos que transformam os fundamentos do Estado fora do direito” (JELLINEK), as usurpações e as revoluções. Isso nenhuma teoria dos limites da reforma constitucional ou da mutação constitucional poderá impedi-los.⁸¹⁸

Bruce Ackerman, por sua vez, não nomeia o termo que está por detrás das alterações informais da Constituição americana, ele narra os episódios históricos que foram fundamentais para a alteração dela nos últimos séculos e evidencia o problema perceptível do direito constitucional norte-americano: o fato de a Constituição não se restringir às normas constitucionais formais.

Interessante ainda é o fato de que Ackerman literalmente defende a necessidade de que as mutações inconstitucionais ocorram, tendo em vista a necessidade de atualização da Constituição e a dificuldade prática de fazê-lo pela via formal, em razão do procedimento extremamente dificultoso previsto no art. 5º da Constituição norte-americana.⁸¹⁹

Ackerman, em *Living Constitution*, claramente não está falando sobre a mutação descrita, ou melhor, nomeada por Konrad Hesse, mas sim da quebra da Constituição,⁸²⁰ que é praticamente ignorada por Konrad Hesse, merecendo apenas uma

⁸¹⁷ JELLINEK, Georg. Traducción de Pablo Lucas Verdú. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 21.

⁸¹⁸ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

⁸¹⁹ Ackerman inclusive reconhece como corriqueira essas alterações informais no ordenamento jurídico norte-americano: “No século XXI, sucedeu algo interessante a nós americanos. Perdemos a nossa capacidade de colocar por escrito nossos novos compromissos constitucionais como se fazia tradicionalmente. Esse não é um problema menor para um país que se imagina vivendo sob uma Constituição escrita”. ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

⁸²⁰ “São as revoluções judiciais, não as emendas formais, as que servem como uma das grandes vias estabelecidas para as mudanças fundamentais pela Constituição viva. Os ativistas americanos não se deixam enganar pela sua própria retórica quando se trata de assuntos sérios, como a transformação da

única citação de poucas linhas na conclusão do seu trabalho sobre os limites da mutação constitucional.

A mutação constitucional é vista como um instituto complementar à Constituição escrita. Na verdade, para Ackerman, a Constituição escrita é uma expressão “radicalmente incompleta” da Lei Suprema.⁸²¹

Dessa forma, cabe aos cânones operativos ou “leis-quadro” o papel de elevar as leis ilustres, leis padrões que expressam os princípios básicos de novos valores constitucionais e os superprecedentes oriundos da Suprema Corte a comporem o ordenamento jurídico constitucional ou o bloco de constitucionalidade norte-americano ou de, pelo menos, ocuparem um papel central na discussão constitucional, juntamente com os cânones oficiais que compõem a Constituição de 1787 e as emendas formais subsequentes.⁸²²

Não podemos supor cegamente que o texto constitucional formal nos diz (ou deve dizer-nos) tudo o que necessitamos saber.

Nosso problema, se recordará o leitor, é que o sistema formal de modificação já não mostra as grandes mudanças no caminho constitucional ratificados pelo povo norte americano nos últimos setenta e cinco anos. Argui em minha primeira conferência que esse fracasso é o produto de um desajuste consciente entre o marco federalista de modificação formal e a crescente consciência nacional do povo norte americano. Devido a esse desajuste, já não tem sentido permitir que uma minoria de estados (que poderia albergar menos de 5 por cento da população do país) possam vetar os novos compromissos fundamentais conscientemente tomados por grandes majorias nacionais.⁸²³

Nessa linha de raciocínio, Ackerman situa a revolução dos direitos civis numa perspectiva histórica, a fim de demonstrar que leis padrões emergem durante momentos de soberania popular. Assim, ele narra importantes episódios históricos norte-americanos, tais como: a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*, elevando-os a

disputa política sobre a Constituição em direito constitucional, apesar da sua insistência pela primazia do texto escrito”. ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

⁸²¹ “Depois de dois séculos de desenvolvimento, a identidade política norte-americana se encontra em guerra com o sistema de revisão constitucional desenhado pelos arquitetos constituintes. [...] Não seremos capazes de definir, nem falemos de resolver nossos problemas constitucionais fundamentais até que confrontemos a larga e completa transformação da identidade política norte-americana que reduziu a nossa Constituição escrita a uma expressão radicalmente incompleta da nossa lei suprema. Todo norte-americano reconhece intuitivamente que as emendas recentes contam apenas como uma parte pequena, muito pequena, da grande história constitucional do século XX”. *Ibidem*, p. 1737-1812.

⁸²² “Isto sugere que o cânone operativo atual contém ao menos dois componentes: uma parte se compõe do cânone oficial, e a outra dos superprecedentes judiciais. O Tribunal Supremo tem uma obrigação institucional de reconhecer que os super precedentes cristalizam pontos fixos em nossa tradição constitucional”. *Ibidem*, p. 1737-1812.

⁸²³ ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

marcos históricos fundamentais para a alteração material da Constituição, demonstrando como “os precedentes do *New Deal* permitiram a Lyndon Johnson reclamar um mandato ‘rooseveltiano’ do povo em 1964 e permitiram ao Tribunal Supremo outorgar deferência a tal mandato popular ao declarar a validade do *Civil Rights Act*”.⁸²⁴

Da mesma forma, Ackerman justifica a criação de superprecedentes pela Suprema Corte, como *Brown vs. Board Education*, na soberania popular norte-americana,⁸²⁵ e os elenca como uma ampliação do bloco de constitucionalidade da Constituição norte-americana, ou seja, alterações não formais de matéria constitucional.⁸²⁶

Defende ainda que “as leis padrões que emergiram neste momento de soberania popular não devem ser diminuídas simplesmente por haver adotado a forma legislativa que têm e não haver transcorrido pelos processos de emenda constitucional formal”.⁸²⁷

Ackerman claramente defende o papel do Poder Judiciário de reconhecer esses movimentos populares de soberania para utilizá-los como “peso e contrapeso às pretensões políticas do dia a dia.”⁸²⁸ Dessa forma, uma vez que é quase impossível que um determinado partido adquira o controle político dos três poderes ao mesmo tempo, para se obterem avanços constitucionais por meio de superprecedentes ou de leis padrões, é necessário que um determinado partido obtenha vitórias eleitorais sucessivas,

⁸²⁴ ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

⁸²⁵ “Apenas quando um movimento constitucional consegue o controle sustentado dos três ramos do governo nacional é que recebe o mandato popular para estabelecer leis padrões e conseguir que a judicatura elabore superprecedentes”. *Ibidem*, p. 1737-1812.

⁸²⁶ “Colocamos o carro antes dos bois quando tratamos *Brown* como um superprecedente sem reconhecer que sua canonização é produto da mesma dinâmica de soberania popular que nos deu as leis padrões. Em particular, foi a combinação movimento/presidente de Lyndon Johnson e Martin Luther King Jr. o que deu aos bois força para levar as leis padrões até sua promulgação, foi a eleição de um ‘republicano moderado’ como Richard Nixon o que marcou o fim da época de *Plessy*. A canonização retroativa de *Brown* foi unicamente o carro que criaram os juristas como resposta a consciente decisão do povo norte-americano de inaugurar uma nova época para a justiça racial neste país”. *Ibidem*, p. 1737-1812.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 1737-1812.

⁸²⁸ “Ao trabalhar com o cânone expandido, a tarefa do Tribunal Supremo não será nem defender o conceito original dos textos constitucionais herdados dos constituintes originários e da Reconstrução, nem divagar sobre as complexidades da objeção contramajoritária gerado pelo caráter elitista do constitucionalismo do “Common Law”. Sua tarefa é refletir sobre todos os princípios afirmados pelo povo norte-americano e usá-los como peso e contrapeso às pretensões políticas do dia. Quando um tribunal abroga uma legislação em nome das nossas (o povo) gerações passadas, certamente obriga os políticos do presente a pensar duas vezes antes de empurrar em uma direção que ameace os compromissos fundamentais”. *Ibidem*, p. 1737-1812, 2007.

o que só é possível em face da persuasão continuada do eleitorado, até que esse partido obtenha o controle dos três poderes.⁸²⁹

Esses são os alicerces que permitiram que Ackerman construísse a sua teoria dualista, segundo a qual o processo democrático vigente nos EUA consagra duas espécies de decisão: as formuladas pelo povo norte-americano (*we the people*) e aquelas formuladas pelos seus representantes.⁸³⁰

A fim de garantir que a sua teoria de dualismo decisório não estaria restrita ao texto constitucional, Ackerman defende que o modelo americano tem como fonte o povo, diferentemente do que ocorre com o modelo alemão, no qual a fonte do direito é justamente a Constituição.⁸³¹

Desse dualismo político distinguem-se duas vias de modificações legislativas ordinárias. A primeira, própria da gestão do dia a dia, que compete aos governantes, materializadora do chamado *normal lawmaking*, e uma via especial, apta a produzir mudanças na estrutura normativa constitucional, que é destinada ao *higher decision making*, por meio de decisões que são legitimadas pelo povo. Logo o povo é fonte primária de deliberação; com isso, todo o conteúdo constitucional pode ser alterado, sem que o texto o seja formalmente.⁸³²

Tushnet complementa os ensinamentos de Ackerman ao defender que o *higher decision making* não se dá exclusivamente em uma ou outra esfera de poder, mas sim que cada poder exerce papel relevante nos processos de mudanças informais da Constituição, dentro das suas respectivas esferas de competência.⁸³³ Dessa forma, o governo é dividido e não centralizado nas mãos de um ou outro partido político em todos os poderes. Porém ele não exclui a importância dos partidos políticos para a implementação dessas mudanças, pelo contrário, ele não só a reconhece como a enfatiza

⁸²⁹ “Este sistema dinâmico de peso e contrapesos situa a carga da persuasão do lado dos partidários da nova visão constitucional: para poder lograr o grande avanço constitucional através de leis padrões ou de superprecedentes têm que ir ganhando eleições até que tenham o controle dos três poderes”. ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

⁸³⁰ DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 13.

⁸³¹ ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundation*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 1991, p. 7.

⁸³² *Ibidem*, p. 10.

⁸³³ Sobre o tema, Griffin: “[...] a mais significativa fonte de mudança constitucional ao longo do século XX não foi por meio de emendas constitucionais conforme o artigo V ou por decisões judiciais, mas de mudanças iniciadas e levadas a cabo pelo presidente e pelo congresso”. GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998, p. 26.

e utiliza, a título de exemplo, o processo de mobilização do Partido Republicano para uma proposta política conservadora durante o governo de Ronald Regan.⁸³⁴

Tushnet defende que a mudança informal da Constituição não pode ser vista apenas durante um momento isolado no tempo, no caso, momentos de grandes mobilizações nacionais, catalizadoras de especial atenção do povo americano, logo creditadas na soberania do povo. Ao contrário, trata-se de um ato complexo decorrente de um procedimento de convencimento da sociedade americana, em que se deve demonstrar a necessidade de novas práticas, novo tratamento da matéria de *status* constitucional, sem o que não seria possível superar o argumento do *déficit* de legitimidade. Logo, uma vez que as alterações ocorrem de forma paulatina, compete às instituições incumbidas de exercer o poder político a sua alteração.⁸³⁵ Assim, a legitimidade não estaria na soberania popular, mas sim no institucionalismo, uma vez que compete às instituições a representação diária do povo.

É justamente essa a forma pela qual os jogos de poder se desenvolvem entre as instituições que possibilitam as mudanças constitucionais. Essas alterações paulatinas acarretarão, em determinado momento, *turning points*. Esses jogos de poder institucional causam modificações graduais, na medida em que se fazem sentir na Constituição.⁸³⁶

No mesmo sentido, Epstein e Walker defendem que, se os juízes da Suprema Corte pretendem que as suas políticas sejam duradoras, eles devem observar as vontades dos demais poderes.⁸³⁷ Aqui se tem uma chamada para a importância do diálogo institucional.

As alterações informais, portanto, sejam constitucionais ou inconstitucionais, podem ser oriundas de qualquer um dos poderes. As mutações inconstitucionais podem sofrer controle de constitucionalidade do guardião da Constituição. Nesse caso, elas só irão prevalecer se esse órgão de controle se curvar diante dela. Porém pode ocorrer que determinada matéria jamais seja objeto de controle, o que fará com que a palavra final sobre o conteúdo de determinada norma constitucional fique nas mãos de outro Poder.

⁸³⁴ TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009, p. 3.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁸³⁷ EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints*. Washington, DC: Cq Press, 1998, p. 119.

O constitucionalismo norte-americano move-se da teoria de que toda a Constituição poderia permanecer separada da política para a situação em que o significado da Constituição é determinado por meio do jogo político ordinário. Esta implicação sobre a Constituição jurídica não era óbvia até o Estado ter se tornado verdadeiramente ativista e intervencionista no século XX. A experiência do *New Deal* deixou claro que o judiciário pode tornar eficaz apenas uma pequena parcela da Constituição. O significado de muitas das provisões constitucionais é assim determinado no curso de interação entre os poderes Executivo e Legislativo [...] esses poderes alteram a Constituição no curso de lutas políticas usuais, sem muita atenção aos valores jurídicos e constitucionais que advogados e juízes pensam ser importantes.⁸³⁸

É importante frisar que, embora o tema esteja sendo analisado pelo viés da mutação inconstitucional, isso não quer dizer que todas as alterações informais ocorridas nos momentos constitucionais enumerados por Ackerman tenham sido inconstitucionais.⁸³⁹ A questão ora analisada é a possibilidade ou a legitimidade desses momentos poderem alterar, informalmente, o texto constitucional, muitas vezes superando-o, não apenas alterando o seu sentido.

É fato que o foco dado à mutação inconstitucional analisada por Ackerman e por vários outros teóricos americanos não é o mesmo que o dado pelos constitucionalistas brasileiros e alemães, que se prendem muito mais à dogmática do texto do que ao movimento político que está por trás dessas alterações, muitas vezes inconstitucionais, perpetradas de modo informal. Mas isso não quer dizer que se está diante de dois institutos diferentes, é apenas uma questão de diferentes pontos de vista do mesmo instituto.

Na verdade, a maioria dos autores que escreveram sobre o tema utilizam o mesmo expediente: focam na mutação constitucional, elencam o texto como limite objetivo, citam, *en passant*, as anulações ou quebras constitucionais, muitas vezes renomeando esse instituto com outros sinônimos, tais como “mutações inconstitucionais”, “mutações impuras” etc, mas não aprofundam nem analisam os seus limites, os seus efeitos, muito menos a sua legitimidade.

⁸³⁸ GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998, p. 45.

⁸³⁹ Tanto é assim, que Cass R. Sunstein afirma: “Eu não nego que Roosevelt e o *New Deal* tenham um efeito massivo na compreensão da nação do que o Presidente do Congresso poderia legitimamente fazer. Ackerman reclama que o *New Deal* foi o “momento constitucional” por uma razão: em 1937 o governo americano era dramaticamente diferente do que era em 1932. Uma grande parte do meu objetivo aqui foi a de capturar a natureza dessas diferenças. Mas a transformação não encheu nenhuma violação dos princípios constitucionais. A Constituição americana é um instrumento flexível que permite a grande mudança a qualquer tempo. Isso não proíbe experimentos e ajustamentos. Numa extensão, isto permite nova compreensão dos direitos. Permite mudanças nos arranjos institucionais. Esta é a parte do gênio”. SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2009, p. 53-54.

Percebe-se que Hesse não resolve o problema referente ao limite da mutação constitucional, mas que o disfarça ao subdividir a mutação em duas categorias distintas: uma que pode ser limitada pelo texto e outra que fica esquecida, como algo de menor importância, denominada de quebra da Constituição.

Contudo o problema analisado por Ackerman é justamente a categoria ignorada por Hesse, e isso se repete diuturnamente na comunidade jurídica brasileira. Separou-se a mutação constitucional da inconstitucional, classificação adotada por Anna Cândida Ferraz, e se repete a ideia de Konrad Hesse: a mutação constitucional respeita o texto, logo o texto é o seu limite; a inconstitucional, por sua vez, afronta o texto.

Percebe-se, claramente, na doutrina uma tentativa segregadora do termo “mutação constitucional”, ou processo informal de alteração da Constituição. De um lado, colocam-se todos os tipos de mudanças “aceitáveis” (o que configura a mudança como aceitável é a sua submissão ao texto constitucional) e de outro as mudanças “inaceitáveis”, nomeadas de quebra ou anulação da Constituição, mutações constitucionais impuras e mutações inconstitucionais.

As mutações impuras, se aceitas como aptas a alterarem normalmente o ordenamento jurídico, segundo Carlos Blanco de Moraes, pelo fato de não observarem os processos formais de alteração, terminariam por legitimar o fato consumado, a negação da função da Constituição como limite jurídico superior do poder político, o fim da rigidez constitucional, a negação do princípio democrático como fonte do poder constituinte e de revisão e, por fim, a negação do Estado Democrático de Direito que pressupõe a subordinação dos centros decisórios políticos ao direito estabelecido.⁸⁴⁰

Porém o fato é que elas ocorrem no Brasil e no mundo. Há dúvidas se, quando o Tribunal Constitucional reconhece a revogação da norma constitucional pelo costume, estaria negando o Estado Democrático de Direito, o princípio democrático como fonte do poder constituinte, bem como afastando a rigidez constitucional como regra, ou apenas se ele, nesse caso, excepcionou a rigidez constitucional em face de uma nova realidade social que prevalece na sociedade. Porém é extremamente difícil explicar a prática regular de atos similares por esse mesmo Tribunal Constitucional sem ferir todos os institutos aqui enumerados.

⁸⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. 2013. Disponível em: < <http://recil.ulusofoa.pt/handle/10437/5027> >. Acesso em: 16 maio 2016.

É muito difícil, no Brasil, utilizar a teoria de Ackerman como fundamento para as mutações inconstitucionais, uma vez que a legitimidade das mutações constitucionais ocorridas nos EUA repousaria, em tese, na soberania popular. Todavia a soberania popular não pode ser utilizada como fundamento para a mutação constitucional no Brasil, uma vez que as mutações oriundas do STF não nasceram de um movimento/partido no qual os três poderes foram unificados pela vontade popular, a fim de possibilitar alterações informais da Constituição. Ao contrário, os casos foram oriundos exclusivamente do Poder Judiciário, muitas vezes confrontando o seu posicionamento com o de outros poderes, sendo que as decisões não tiveram, em momento algum, uma adesão popular pretérita, embora muitas vezes tenham obtido o apoio popular a posteriori dos seus atos. Isso ocorre mais em razão do descredito vivido pelo Poder Legislativo diante da sociedade brasileira. Em suma, é muito mais a baixa representatividade de um Poder – que deveria ser o principal representante do povo – que legitimou ou legitima os atos perpetrados pelo STF e não o contrário. Porém afastar ou justificar a legitimidade desses atos no institucionalismo é algo mais complexo.

Embora existam diversos casos de mutação impura, ainda assim persiste a dúvida: qual é o limite das forças extrajurídicas para modificar uma Constituição?

É fácil perceber que, nos dias atuais, o problema continua sem solução, pois o STF não se autolimita nas situações descritas como aceitáveis, as mutações puras. O fato é que essas mutações, ditas inconstitucionais, acarretarão, na prática, uma alteração constitucional, sem alteração do texto, a qual será incutida na Constituição e produzirá os mesmos efeitos jurídicos das outras normas constitucionais.

É difícil se satisfazer então em apenas nomeá-las como inconstitucionais ou classificá-las como uma quebra da Constituição, após a manifestação do guardião da Constituição legitimando-as como normas constitucionais. Percebe-se, assim, que a mutação constitucional atrai para o seu debate o ativismo judicial; nesse contexto, os limites de ambos os institutos se aproximam.

Dessa forma, restam as seguintes perguntas: após o guardião kelseniano da Constituição ter incorporado na nossa Constituição uma mutação inconstitucional, existe relevância jurídica em continuar diferenciando a mutação constitucional da inconstitucional, sendo que o efeito jurídico de ambas será o mesmo? Será que, nesse quadro, ainda há de se falar que a mutação inconstitucional tem como limite o texto da Constituição? Se não, qual o limite das mutações inconstitucionais?

A mutação constitucional, embora já estudada por vários doutrinadores, ainda não se esgotou. Sem dúvida, o trabalho de Anna Cândida da Cunha Ferraz é um marco do tema no direito brasileiro.

Todavia o presente trabalho abarca também os limites das mutações inconstitucionais, corte este estranho ao foco de Anna Cândida da Cunha Ferraz, como também aos demais doutrinadores que foram influenciados por Konrad Hesse. Anna Cândida da Cunha Ferraz ressalta que o tema dos processos manifestamente inconstitucionais é “importantíssimo e ensejaria monografia específica, tal a riqueza do conteúdo e tal a importância que apresenta para a normalidade do sistema constitucional”.⁸⁴¹

A existência de mutações inconstitucionais é um problema em qualquer ordenamento jurídico, isso porque a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Se um dos poderes, durante o seu regular exercício, altera a Constituição, sem observar as formas e os limites previstos nela própria, isso quer dizer que a Constituição falhou na sua função política, pois os limites jurídicos fixados por ela para o exercício do poder não foram observados ou mesmo suficientes para limitar aquele poder usurpador.

É possível distinguir duas espécies de mutação inconstitucional, uma que contraria expressamente o texto da Constituição, seja formal ou materialmente, e outra que não observa os princípios da legalidade e da reserva legal. Os últimos casos referem-se à norma de eficácia institutiva em que a própria Constituição determinou a necessidade de elaboração de uma futura lei para garantir a eficácia plena da norma. Todavia, nos casos em que o poder judiciário concretiza a norma, de forma inovadora, ele atua como se Poder Legislativo fosse.

O conteúdo da segunda espécie de mutação inconstitucional pode não afrontar diretamente um determinado texto, ou seja, ele não necessariamente será, por si só, materialmente inconstitucional, pois o seu conteúdo pode não ser avesso às normas constitucionais. Todavia a forma adotada para a imposição da obrigação o é, pois não respeita os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal. Essas mutações são oriundas de atos conhecidos como ativismo judicial ou jurisdicionalização da política, tendo em vista que o Poder Judiciário substitui o Poder Legislativo, impondo obrigações aos cidadãos ou mesmo a outro ente político. O problema é que o Poder

⁸⁴¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 244.

Judiciário não é legitimado para inovar na ordem jurídica, muito menos para substituir os demais poderes.

Não há problema nenhum em subdividir o tema para melhor estudá-lo, mas, nesse caso, é necessário enfrentá-lo em sua totalidade: qual é o limite da mutação inconstitucional? Sob essa perspectiva, porém, o fato é que o texto deixa de ser o limite e passa a ser requisito do instituto.

Nesta fase do trabalho, é plenamente possível conceituar uma mutação inconstitucional. É fácil perceber que a mutação inconstitucional não é apenas aquela alteração informal que o texto não comporta, pois o texto, isoladamente, por si só, é inapto para garantir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da alteração informal realizada, pois, caso assim fosse, estar-se-ia elegendo a interpretação literal como parâmetro de controle das mutações constitucionais. Além disso, existem mutações que nascem dos fatos, logo não há texto, mas, ainda assim, essas mutações podem ser consideradas inconstitucionais por ferirem outras normas da Constituição. Em outras situações, a mutação pode não estar plenamente de acordo com o texto, mas está com o contexto. Um exemplo são os casos de interpretação conforme realizado pelo STF, nos casos em que o legislador falou além ou aquém do que deveria.

A mutação inconstitucional nasce quando os limites da mutação constitucional não são respeitados. A possibilidade de o limite não ser respeitado não significa que não haja limite. Se numa determinada via o limite de velocidade é de 80 km/h, isso não quer dizer que não haverá carros trafegando numa velocidade superior a esse limite, mas sim que, caso um carro trafegue acima dos 80 km/h, o motorista poderá sofrer alguma punição prevista na lei pela não observância daquele limite.

Em outros casos, como demonstrado no início Capítulo 2, a não observância de um limite pode transformar um instituto em outro. É justamente o que ocorre com as mutações inconstitucionais, já que são mutações que não respeitaram os limites descritos para a mutação constitucional. Dessa forma, fica claro que uma mutação inconstitucional tem como requisito a existência de uma mutação que não respeitou os limites traçados para a mutação constitucional. O que era limite para uma, transforma-se em requisito para outra.

Os limites não são estanques e ocorrem em maior ou menor proporção, de acordo com a origem da mutação. Por isso, a importância da identificação correta da fonte da mutação, pois, ao identificá-la, é possível traçar a fronteira entre a mutação constitucional e a inconstitucional.

É claro que essa linha imaginária não é mensurável matematicamente e o tema comporta um percentual significativo de subjetividade, por isso, o que é inconstitucional para uns nem sempre o será para outros; a unanimidade é praticamente impossível de ocorrer, mas esse não é um problema apenas das mutações, e sim de todas as matérias estudadas pelas ciências sociais aplicadas.

Não há dúvida de que existe uma margem significativa para a elasticidade da interpretação do que é ou não inconstitucional, mas isso não afasta possíveis consensos se os parâmetros traçados como limitadores do instituto foram ou não observados. Em suma, fora da área cinzenta, é bem possível chegar a consensos, e o presente capítulo focalizará justamente esses consensos.

Logo, este capítulo não focará a zona cinzenta do que é ou não mutação inconstitucional, mas sim partirá do pressuposto de que há consensos de que determinada mutação ocorrida é inconstitucional. A dúvida que permanece é: qual o limite dessas mutações? Neste tópico, não se analisará mais o termo limite como algo que, não respeitado, altera a natureza do instituto, mas sim como algo que pode extirpar a mutação inconstitucional do ordenamento jurídico ou impedir que ela ocorra.

Todavia mesmo o fato de existirem limites aptos para tanto não quer dizer que a mutação inconstitucional jamais ocorrerá no sistema jurídico; pelo contrário, mesmo existindo ferramentas hábeis para extirpar as mutações inconstitucionais, nem sempre elas serão utilizadas, o que fatalmente acarretará alterações informais inconstitucionais permanentes no ordenamento jurídico.

A mutação inconstitucional possui as mesmas fontes, já analisadas, da mutação constitucional, logo se adotará a mesma classificação utilizada para as mutações constitucionais.

Assim, as modificações informais inconstitucionais também podem ser classificadas da seguinte forma: a) as geradas por condutas dos órgãos do poder político – aqui se incluem todos os atos emanados dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quando atuam na elaboração de atos normativos (leis, regulamentos, portarias, etc.); b) as modificações geradas pelo exercício da atividade jurisdicional, englobando todas as decisões judiciais, mas com especial relevo para as decisões proferidas em controle de constitucionalidade; c) as mutações oriundas de fatos, tais como os costumes *contra legem* e o desuso.

Analisar-se-á cada uma delas, embora o enfoque neste momento seja dado exclusivamente à mutação inconstitucional. Porém, antes disso, é importante salientar

que toda mutação inconstitucional é a prova viva de um fracasso constitucional, uma vez que toda mutação inconstitucional nada mais é do que a ineficiência da Constituição em limitar o poder.

Segundo Montesquieu, “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”.⁸⁴² A solução desse impasse, para Montesquieu, resolvia-se dentro do próprio poder, pois, já que o poder é ilimitado, apenas ele mesmo é capaz de freá-lo.⁸⁴³

Matteucci defende que o constitucionalismo visa justamente limitar o uso arbitrário do poder, por meio de uma solução constitucional, a fim de evitar que surjam poderes irresponsáveis.⁸⁴⁴

Com base nos ensinamentos de Montesquieu e de Matteucci, Jose Levi do Amaral defende que “é possível mensurar o sucesso ou insucesso de uma Constituição constatando-se a sua efetividade ou não no limitar o poder”.⁸⁴⁵

A fim de demonstrar o sucesso da Constituição brasileira de 1988 em limitar o poder, José Levi do Amaral utiliza-se de dois casos paradigmáticos: o processo de redemocratização e o instituto da medida provisória.

José Levi explica que a Constituição de 1988 consolidou a transição de um regime autoritário para um democrático, de forma ordeira e dentro das próprias instituições políticas existentes.⁸⁴⁶ Todavia há dúvida se realmente esse sucesso inicial possa ser creditado à Constituição, uma vez que ela foi muito mais um instrumento que surgiu dessa mudança de regime que se operou de forma consensual do que um instrumento que garantiu uma transição pacífica.

As demais justificativas para apontar o sucesso da atual Constituição, descritas por José Levi, são irrepreensíveis. Realmente, foi sob a vigência da Constituição de 1988 que ocorreu a primeira eleição direta após mais de 30 anos sem que o povo participasse do processo eleitoral; a Constituição foi um instrumento hábil para superar a crise presidencial que se instalou no Brasil no início na década de 1990, sendo que ela própria apontou a solução para o problema. A transição do poder se

⁸⁴² MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1995, p. 118.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 118.

⁸⁴⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 248.

⁸⁴⁵ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *20 anos da Constituição Brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder?* In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 126.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 126.

efetuiu por uma figura agora deveras conhecida do povo brasileiro, o *impeachment*, que chegara a ser considerado por muitos como figura de museu, uma vez que, embora presente em várias constituições brasileiras, nunca tinha sido utilizado. Se o primeiro *impeachment*, ocorrido em 1992, foi um teste bem sucedido, o segundo, em 2016, apenas confirmou a força da Constituição, uma vez que ela garantiu, em ambos os casos, uma transição do poder na forma constitucional.⁸⁴⁷

Além disso, sob sua vigência, foram realizadas importantes reformas políticas, econômicas e sociais, sendo que essas reformas respeitaram o processo legislativo descrito na Constituição.⁸⁴⁸

José Levi do Amaral demonstra ainda como o instituto da medida provisória, que tradicionalmente é vinculado à imagem de abuso de poder, é prova do sucesso da Constituição em limitar o poder. Segundo ele, os mecanismos desse instituto permitiram que o Congresso Nacional regulasse a sua utilização de forma restritiva, por meio da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, e deram guarita a decisões do Supremo Tribunal Federal que se mostraram cada vez menos tolerantes com o excesso das medidas provisórias.⁸⁴⁹

José Levi do Amaral conclui que “a Constituição se faz valer no jogo político, ainda que, no limite, diversas questões demandem manifestação do Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade é reconhecida e respeitada pelos autores da democracia brasileira”.⁸⁵⁰ O fato de diversas questões serem demandadas ao STF, por si só, não retira a força política da Constituição, pois o STF é um órgão previsto e criado pela própria Constituição, logo a sua atuação opera dentro do sistema por ela previsto. Todavia o fato de o STF, junto com outros entes políticos, ser agente de mutações inconstitucionais, demonstra o fracasso pontual da Constituição em limitar o exercício do poder político.

Não é porque existem no ordenamento jurídico mutações inconstitucionais que a Constituição é sinônimo de fracasso e não seja nada mais do que uma folha de papel. O sucesso e o fracasso de uma Constituição não podem ser avaliados pelo critério “tudo ou nada”. Contudo é fato que a existência, ou pior, a proliferação de mutações

⁸⁴⁷ Sobre o impeachment no Direito brasileiro, cf. PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 7-14.

⁸⁴⁸ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. 20 anos da Constituição brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 128.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 135.

inconstitucionais dentro de um ordenamento jurídico sinaliza uma situação de alerta, à qual os poderes constituídos devem prestar atenção, a fim de que a Constituição efetivamente não se torne letra morta.⁸⁵¹

Nesse sentido, a mutação inconstitucional pode ser um bom indicador para verificar a situação da Constituição em face da classificação ontológica, elaborada por Karl Lowenstein, que coteja a Constituição com o processo político. A Constituição foi assim classificada pelo mencionado autor:⁸⁵²

a) Normativa - o processo político da sociedade se ajusta à Constituição, ou seja, a Constituição se impõe ao processo político.

b) Nominal - tem nome de Constituição, mas cede ao processo político, ela se amolda a ele.

c) Semântica - serve aos interesses dos detentores do poder político e não ao povo.

Um número significativo de mutações inconstitucionais ou mesmo de mutações inconstitucionais cada vez mais perto do núcleo duro da Constituição, ocorrendo dentro de um determinado ordenamento jurídico, pode indicar que a Constituição normativa está se transformando numa Constituição nominal, pois, cada vez mais, está se amoldando ao processo político, deixando, assim, de ser capaz de se impor como limitadora do exercício do poder político.

6.1.1 As mutações inconstitucionais oriundas de condutas dos órgãos do poder político

Toda mutação constitucional nasce do exercício do poder político; mesmo as que têm origem em fatos, como costume e desuso, só passam a ter relevância quando o costume e o desuso são adotados por um dos entes que exercem o poder político. A

⁸⁵¹ “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel [...] Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.” LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stönnner. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 23.

⁸⁵² “Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso de poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. [...] Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 217-218.

divisão é muito mais didática do que prática. Neste momento, analisar-se-ão as mutações ocorridas em face de atos positivos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste tópico, serão focalizados apenas os atos legislativos, as portarias, os regulamentos, entre outros. As mutações oriundas de sentenças e de acórdãos, atos típicos do Poder Judiciário, serão analisadas no tópico seguinte.

Laband identificou a legislação como um possível agente de mutações inconstitucionais, isso porque percebeu que muitas leis alteravam a Constituição, uma vez que as suas disposições não eram compatíveis com os preceitos constitucionais, mas, como não existia nenhum procedimento de controle de constitucionalidade à época, esses atos eram aplicados regularmente, mesmo estando em contradição com a norma maior. Em suma, essas leis simplesmente alteravam informalmente a Constituição, pois o texto constitucional permanecia estanque, mas a realidade, até então regulada pelo texto constitucional, passava a ser regida pela norma infraconstitucional contrária às disposições contidas na Constituição.

O surgimento da justiça constitucional, especificamente do controle de constitucionalidade, reduziu significativamente essas situações, pois criou-se uma ferramenta para que esses atos inconstitucionais fossem extirpados do ordenamento jurídico. Todavia o controle de constitucionalidade, por si só, não é suficiente para eliminar o problema, pois pode acontecer de uma determinada lei inconstitucional jamais ser objeto de controle de constitucionalidade. Além disso, nada impede que mutações inconstitucionais sejam geradas pela própria justiça constitucional. Uma vez que não há quem controle o controlador, esses atos inconstitucionais podem sobreviver no ordenamento jurídico.

Além do Poder Judiciário, o Legislativo e o Executivo, no Brasil, também efetuam o controle de constitucionalidade, porém o fazem de forma preventiva. O primeiro, por meio das suas Comissões de Constituição, o segundo, por meio do veto, realizado pelo chefe do Poder Executivo.

O veto pode ocorrer por razões políticas e/ou jurídicas. Dessa forma, o Executivo participa do controle de constitucionalidade de todo projeto de lei. É claro que o veto pode ser derrubado pelo congresso, mas a exigência de um quórum alto para derrubada acaba por exigir um nível maior de consenso entre os parlamentares, logo, muitas vezes, temas mais polêmicos acabam sendo afastados pelo próprio Poder Executivo.

De toda forma, ainda assim, é possível que uma lei inconstitucional seja aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Nesse caso, apenas o Poder Judiciário estará apto para afastar essa lei do ordenamento jurídico⁸⁵³.

Toda lei ou ato inconstitucional é uma mutação inconstitucional? Não, toda lei ou ato inconstitucional que contrariar um texto da Constituição pode ser uma mutação inconstitucional em potencial. Não basta apenas a manutenção de um ato inconstitucional em determinado ordenamento; para configurar a mutação, é necessário que o paradigma seja alterado de forma permanente. Isso quer dizer que não é apenas pelo fato de determinada norma inconstitucional não ser afastada e se estender no tempo, sendo aplicada em inúmeros casos, que a mutação inconstitucional ocorre. É necessário que os demais casos sejam tratados da mesma forma, por isso, é mais fácil que a mutação inconstitucional ocorra em inconstitucionalidades substanciais (materiais) do que em procedimentais (processuais).

Um exemplo ajudará a esclarecer o alegado. Uma norma inconstitucional por vício de iniciativa que jamais seja afastada do ordenamento jurídico é uma norma eivada de inconstitucionalidade. Todavia a mutação inconstitucional só ocorrerá se o mesmo vício de iniciativa não for mais observado pelo processo legislativo e pelos órgãos de controle constitucional. Isso ocorreu no Brasil enquanto vigorou a tese de que a sanção presidencial supria o vício de iniciativa.⁸⁵⁴ Logo todos os casos em que a norma era formalmente inconstitucional na origem, mas fora sancionada pelo Presidente, para a corrente que defendia essa possibilidade, tiveram o seu vício convalidado. Nesse caso, tinha-se uma mutação inconstitucional operada pelo STF, uma vez que a súmula era contrária às normas constitucionais. Ao rever a súmula, o STF operou uma mutação constitucional, pela via da interpretação.

Diferente é o caso de uma lei, nos dias atuais, com vício de iniciativa, que seja sancionada pelo Presidente da República e não seja submetida ao controle de constitucionalidade do Poder Judiciário e que já esteja vigendo há vários anos,

⁸⁵³ Aqui não se está almejando o controle incidental, mas apenas o *erga omnes*, razão pela qual não se desconhece o fato de o Tribunal de Contas poder reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei no exercício das suas atribuições, todavia, nesses casos, a inconstitucionalidade apenas será aplicada para aquele caso concreto. Enunciado 347 da Súmula do STF – “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

⁸⁵⁴ Enunciado 05 da Súmula do STF: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”.

produzindo regular efeito.⁸⁵⁵ Nesse caso, há um ato inconstitucional produzindo efeitos, mas isso não quer dizer que houve mutação inconstitucional, uma vez que vários outros dispositivos de lei, com o mesmo vício, são reiteradamente afastados do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, o fato de o ato inconstitucional prevalecer não quer dizer que a Constituição brasileira teve o seu art. 61, § 1º, alterado informalmente, mas apenas que uma lei inconstitucional vige no ordenamento jurídico, apesar do

⁸⁵⁵ Um bom exemplo é a alteração recente perpetrada no Código de Trânsito Brasileiro. A MP 673/2015, originariamente, dava a seguinte redação ao § 4º-A do art. 115 da Lei 9503/97, do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*: § 4º-A. Os tratores e demais aparelhos automotores destinados a puxar ou a arrastar maquinaria agrícola ou a executar trabalhos agrícolas são sujeitos ao registro único em cadastro específico da repartição competente, dispensado o licenciamento e o emplacamento.

Assim, claro está que a intenção da redação original da Medida Provisória era dispensar o licenciamento e o emplacamento dos tratores e demais aparelhos automotores destinados a puxar ou arrastar maquinário agrícola ou a executar trabalhos agrícolas.

Porém, a redação original do § 4º-A da Medida Provisória 673/2015 sofreu enormes alterações no Congresso Nacional, sendo que, pela nova redação do § 4º-A c/c o art. 129-A, dada pela Lei de Conversão 13.154/2015, ao invés de os tratores e demais aparelhos automotores descritos no artigo ficarem dispensados de licenciamento e do emplacamento, que era a intenção original da norma, esses atos não só foram mantidos, como foi criado o Registro Único, a ser realizado, sem ônus, pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, diretamente ou mediante convênio. O § 4º-A e o art. 129-A, com a redação encaminhada pelo Congresso Nacional, são claramente inconstitucionais, porque, se entendido que a presente emenda não acarretou aumento de despesa, ela claramente não observou o disposto no art. 84, VI da CR/88, que determina, na alínea “a”, que compete ao Presidente da República, mediante decreto, a organização e funcionamento da administração federal, quando não ocasionar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Percebe-se, assim, que o Congresso Nacional invadiu atribuição do Presidente da República, ao criar, mediante lei, nova obrigação para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Mesmo porque compete ao Chefe do Poder Executivo gerir os órgãos do Executivo. A matéria é claramente privativa do Presidente da República, justamente para permitir que ele melhor organize a Administração Pública. Fato é que a CR/88 determina que a criação e a extinção de Ministérios são matérias reservadas à lei (art. 88 da CR/88). Nesse momento, para justificar o ato, poder-se-ia utilizar do brocardo *in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode mais, pode o menos), pois, se o Congresso Nacional, mediante lei, pode criar ou extinguir Ministérios, não faria sentido poder criar algo sem poder instituir obrigações para aquilo que foi criado. Logo, numa leitura apressada das novas normas previstas no PLV 08/2015, poder-se-ia concluir pela sua constitucionalidade.

Porém o fato é que o art. 61, § 1º, alínea “e” da CR/88, determina que a criação e a extinção de Ministérios são matérias de iniciativa exclusiva, uma vez que a Medida Provisória 673/2015 não tratava de matéria de iniciativa exclusiva de criação de Ministério, mas sim geral, pois alterava a Lei 9503/97 e dava outras providências. Não é possível que nela sejam realizadas emendas dessa espécie, pois isso feriria a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Dessa forma, claro está que ou a matéria deveria ser tratada por decreto, nos termos do art. 84, VI da CR/88, ou então é matéria de iniciativa exclusiva, logo as emendas realizadas só seriam possíveis de serem efetivadas se a Medida Provisória 673/2015 tratasse especificamente de criação de Ministério, o que não ocorreu. Por fim, mesmo que se entenda que a Medida Provisória cumpria os requisitos de matéria de iniciativa exclusiva, ainda assim, a norma afronta a Constituição, pelo fato de não observar o preceito descrito no art. 63, I, da CR/88, que veda o aumento de despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

Cumpra esclarecer que a nova redação do § 4º-A e o art. 129-A, ao preverem que o registro deverá ser realizado sem ônus pelo Ministério da Agricultura, acarretaram aumento de despesa, sem a devida previsão orçamentária, uma vez que o Ministério terá que custear todas as despesas oriundas da realização desse serviço, sem nenhuma outra fonte de custeio adicional. Embora o ato seja inconstitucional, mesmo que ele jamais seja anulado, ainda assim não terá ocorrido mutação inconstitucional, pois o vício de iniciativa ainda é regularmente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. O que se terá é uma lei inconstitucional produzindo efeito como se constitucional fosse. Não há alteração da Constituição. PORTUGAL, Constituição, 1976. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Legislativa, 1976.

descompasso com a Constituição, sendo que nada impede que no futuro essa inconstitucionalidade seja reconhecida pelo Poder Judiciário e a referida norma seja definitivamente afastada.

Dessa forma, para que uma mutação inconstitucional se opere em face das normas procedimentais cujo rito está descrito na Constituição, não é necessário apenas a vigência da norma em afronta à Constituição e a sua aplicação em inúmeros casos, mas sim a alteração ou supressão do rito constitucional estabelecido. Assim, só há que se falar em mutação quando o vício da inconstitucionalidade for intrínseco à norma e não apenas quando ocorrer por formalidades exteriores.

As normas procedimentais não são a única exceção. Como afirmado, nem toda lei ou ato inconstitucional gerará uma mutação inconstitucional e essa assertiva vale também para os casos de antinomias com princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. Isso porque a contrariedade entre texto constitucional e texto infraconstitucional é mais facilmente percebida nos casos de confrontos entre regras. A fluidez das normas principiológicas e a aplicação do postulado da ponderação praticamente inviabilizam a mensuração objetiva e prévia da contrariedade entre dois textos principiológicos.

Dworkin diferencia os princípios das regras por meio da sua forma de aplicação.⁸⁵⁶ No caso das regras prevalece o critério *tudo ou nada*; ou seja, caso a hipótese fática que a norma regula seja implementada, esta deve ser aplicada integralmente; se assim não for, a norma deve ser afastada do ordenamento jurídico, em razão de sua invalidade.

Ávila complementa o entendimento de Dworkin, afirmando que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”.⁸⁵⁷ Já os princípios são aplicados segundo o critério *mais ou menos*. Ainda de acordo com o Ávila, eles não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.⁸⁵⁸ Em suma, os princípios não regulam uma determinada situação, uma vez que são por demais abstratos. Para solucionar um caso concreto via princípios, devem-se utilizar outros fundamentos, mesmo que sejam oriundos de princípios diversos.

⁸⁵⁶ DWORKIN, Ronald. M. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 27.

⁸⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 36.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 36.

Outro critério diferenciador ocorre nos casos de antinomia. Em caso de conflito normativo entre regras, deve-se excluir uma das normas conflitantes do ordenamento jurídico.⁸⁵⁹ Porém, em caso de conflitos entre princípios, deve-se aplicar aquele que tem mais peso.⁸⁶⁰

Alexy, discordando de Dworkin, entende que os princípios são, na verdade, deveres de otimização aplicáveis em graus variáveis, segundo as possibilidades normativas fáticas.⁸⁶¹ No caso de antinomia entre princípios, a questão não se resolve por pesos pré-existentes, mas sim de acordo com o caso concreto, pela utilização do princípio da ponderação.

Dessa forma, é fácil perceber que, se uma lei é inconstitucional diante de uma regra constitucional, ou seja, se a antinomia for entre regras e a norma infralegal prevalecer, haverá mutação inconstitucional em potencial. Todavia, quando o conflito for entre princípios ou entre regras infralegais e princípios constitucionais, nem sempre será possível visualizar a situação de mutação inconstitucional em potencial, isso porque, perante a abstração dos princípios, pode ser que uma determinada sociedade compreenda o princípio em uma determinada extensão compatível com a regra em vigor.

Nos casos de princípios e cláusulas gerais, por serem deveras abstratos, deve-se levar em conta que esses conceitos estão em permanente estágio de

⁸⁵⁹ A teoria da derrotabilidade ou defectabilidade (*defeasibility*) excepciona o argumento do tudo ou nada, uma vez que ela permite que a regra seja excepcionada em um determinado caso concreto, sem que perca sua vigência. A derrotabilidade da norma jurídica significa a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável. A possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro é tema bastante controverso, sendo que há doutrinadores que defendem que a decisão que adota essa teoria é *contra legem*: “Sem dúvida, a admissibilidade da derrotabilidade das regras, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão contra legem – sem eufemismo ou puritanismo”. FARIAS, Cristiano Chaves. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeasability*) no direito das famílias: alvitrando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p. 45. Sobre o tema cf.: BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, p. 61-68, jan./jun. 2011; BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho y positivismo jurídico: isonomia. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 1, n. 13, p. 62-63, 2000; SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012; TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade processual. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

⁸⁶⁰ DWORKIN, Ronald. M. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 20 *et seq.*

⁸⁶¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162.

desenvolvimento. A título de exemplo, o significado de igualdade, em 1800, é muito diferente do atual, logo uma lei daquele período que concedia direitos e privilégios aos senhores de escravo não era vista como inconstitucional, ao contrário, os seus preceitos se enquadravam e estavam alinhados com o princípio da igualdade descrito na Constituição. A norma, portanto, para a sociedade da época, não contrariava o texto da Constituição. Um exemplo disso é o fato de um dos responsáveis pela elaboração da Constituição americana, James Madison, ter tido escravos.⁸⁶² Porém isso não quer dizer que alterações fáticas ou sociais na forma de interpretar o mencionado princípio não acarretem mutações, sejam constitucionais ou não, apenas significa que os princípios e as cláusulas gerais precisam de um esforço maior na verificação de antinomias.

Dessa forma, nos episódios envolvendo princípios, é necessário ver se, no caso concreto, os princípios estão em conflitos, pois, nessa situação, não se aplica a regra do tudo ou nada. Em suma, nos casos envolvendo princípios, nem sempre será possível, a priori, afirmar que o caso se refere a uma mutação inconstitucional.

É importante salientar que não são apenas os poderes executivos e legislativos que emitem normas inconstitucionais; o judiciário também o faz. Um exemplo é a fidelidade partidária e a vinculação do eleito ao partido, instituídos em 25/10/2007, pelo Tribunal Superior Eleitoral, por meio de resoluções.

Antes de 2007, o titular de um mandato eletivo podia mudar livremente de partido político, uma vez que sempre se entendeu que o mandato pertencia ao candidato eleito e não ao partido político.

Todavia esse cenário foi modificado tendo em vista a Resolução 22.610, de 25/10/2007 do TSE⁸⁶³. A partir desse ato, o partido político interessado pode pedir a decretação da perda de cargo eletivo do parlamentar, em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, perante a Justiça Eleitoral. A própria Resolução fixa como justa causa a incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal.

É importante frisar que a fidelidade partidária só se aplica às eleições proporcionais,⁸⁶⁴ pois, nas eleições majoritárias, não há que se falar em voto na legenda. Nas eleições pelo sistema proporcional, a eleição do candidato está vinculada à votação

⁸⁶² A afirmação de que James Madison era proprietário de escravos consta em ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 6.

⁸⁶³ A referida Resolução foi alterada, posteriormente, pela Resolução 22.733, de 11/03/2008.

⁸⁶⁴ O mencionado entendimento foi firmado pelo STF por meio da ADI 5.81-DF de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso.

obtida pelo partido. Todavia, na majoritária, é eleito o candidato que tiver mais votos, independentemente do partido. Assim, não se aplica a regra da fidelidade partidária aos cargos de Presidente da República, governadores, prefeitos e senadores.

O STF confirmou a constitucionalidade de Resolução do TSE que instituiu a fidelidade partidária nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604. Ocorre que não há na Constituição brasileira nenhum artigo que preveja a fidelidade partidária. Além disso, a única restrição à infidelidade partidária, na data do julgamento dos mandados de segurança, eram as duas resoluções do TSE já mencionadas. Todavia o STF fundamentou a constitucionalidade da medida pelo fato de o texto constitucional prever a obrigação de lealdade, que estaria dentro do conceito de democracia, previsto no art. 1º da Constituição. Não custa esclarecer que apenas em 2015 foi sancionada a Lei que previa a infidelidade partidária como causa para perda do mandato eletivo.⁸⁶⁵

A edição de ato normativo, em momento posterior, proibindo a infidelidade partidária, cominado com a prática regular dessa medida no cenário político brasileiro até a edição das Resoluções do TSE em 2007, demonstra que a mutação realizada era realmente inconstitucional, por ferir o contido no art. 5º, II, da Constituição Federal, que diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A mutação inconstitucional também pode ser oriunda de dispositivo legal, a lei inconstitucional ou a lei que, embora não contrarie a Constituição, regula matéria que, formalmente, deveria ser ventilada na Constituição e que não é afastada pelo Controle de Constitucionalidade ou mesmo a lei que regula um dispositivo da Constituição e é utilizada de forma mais ampla, a fim de abarcar outros dispositivos que inicialmente não eram previstos por ela. Assim sendo, um determinado dispositivo legal altera a norma constitucional vigente, acarretando mutações inconstitucionais.

⁸⁶⁵ Lei 9096, de 19 de setembro de 1995.

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - grave discriminação política pessoal; e (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

A Constituição de 1946, em seu art. 186, estabelecia a necessidade de concurso público para a investidura em cargos públicos. O mencionado artigo, segundo José Horácio Teixeira, foi reiteradamente violado por leis ordinárias que efetivaram servidores admitidos sem concurso público.⁸⁶⁶

Outro exemplo desse tipo de mutação é a modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade: a modulação não consta de qualquer dispositivo da Constituição, mas sim de Lei Ordinária – Lei 9868/99 – cuja aplicação já seria uma deferência do STF a uma mutação inconstitucional, uma vez que afasta regra pontual, em sentido contrário, aplicada anteriormente à vigência da Lei 9868/99. Porém ainda mais controvertida é a aplicação desse instituto no controle concreto de constitucionalidade, já que a Lei 9868/99 refere-se ao controle abstrato.

A mutação inconstitucional pela via interpretativa não é matéria exclusiva do Poder Judiciário, mas sim de todos os poderes, uma vez que todos têm a competência de interpretar a Constituição, dentro da sua esfera de atuação.

Em alguns casos, por expressa previsão constitucional, outro Poder, que não o Judiciário, tem a competência exclusiva de interpretar a Constituição por último, e isso pode, é claro, acarretar mutações inconstitucionais. Um exemplo extremamente recente foi o julgamento do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff pelo Senado Federal, que alterou o Parágrafo Único do art. 52 da Constituição Federal.⁸⁶⁷ É importante esclarecer que compete privativamente ao Senado processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade. O texto constitucional é expresso no sentido de que, proferida a decisão pelo Senado Federal, que reconhece a prática de crime de responsabilidade pelo Presidente da República, ele será condenado à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública. Logo, pelo texto da Constituição, não é possível desmembrar a pena e escolher uma das duas: perda do cargo ou inabilitação por oito anos. A inabilitação do exercício da função pública é um dos efeitos da condenação em crime de responsabilidade.

Todavia, no processo de *impeachment* da agora ex-presidente Dilma Rousseff, o Senado Federal condenou-a, por 61 votos a 20, por crime de

⁸⁶⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 147.

⁸⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 52:

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

responsabilidade pelas chamadas “pedaladas fiscais”. Ocorre que, após a condenação, o Senado Federal, por 42 votos contra 36, determinou a manutenção do direito da ex-presidente de exercer função pública. Assim, percebe-se que o Parágrafo Único da Constituição Federal não foi observado. Porém é fato que, por enquanto, ainda não é possível saber se se trata de uma fraude à Constituição ou de uma mutação inconstitucional, pois, para tanto, será necessário que esse entendimento seja aplicado a outros casos de crime de responsabilidade.

6.1.2 As mutações inconstitucionais oriundas do Poder Judiciário

O objetivo deste tópico é descrever as possíveis fontes de mutação inconstitucional oriundas da atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, a atividade jurisdicional, pois, como visto, as mutações inconstitucionais oriundas desse Poder também podem ocorrer diante da atuação normativa ou regulamentar dos atos emanados pelo Poder Judiciário.

Assim, serão analisados, no presente tópico, o controle de constitucionalidade, não diferenciando se ele é abstrato ou concreto; as súmulas vinculantes e a concretização das normas não exequíveis por si mesmas, esse último item de forma extremamente resumida, apenas para realçar as conclusões já descritas no Capítulo 4.

6.1.2.1 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um mecanismo natural para reprimir o surgimento de mutações inconstitucionais, isso porque ele visa justamente afastar a norma inconstitucional, ou seja, aquela norma que afronta formal ou materialmente os preceitos da Constituição. Parece antagônico incluir o controle de constitucionalidade como fonte da mutação inconstitucional, uma vez que, o instituto não é perfeito e deturpações podem ocorrer. Nesses casos, a mutação inconstitucional, que deveria ser objeto do controle e ser, consequentemente, afastada, pode, ao contrário, ser validada por ele. O controle de constitucionalidade pode transformar aquilo que era inconstitucional em constitucional. Em outras situações, o próprio controle pode acarretar mutações inconstitucionais.

Um bom exemplo de mutação inconstitucional oriunda do controle de constitucionalidade é a fixação do número de vereadores. A matéria foi enviada para o STF, por meio de Recurso Extraordinário, julgado em 2004. O STF alterou a sua posição até então pacificada e entendeu ser inconstitucional essa forma livre de fixação e estabeleceu limites matemáticos e rigorosos entre a população do município e o número de vereadores. Essa decisão foi estendida a todos os municípios, por meio de duas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que fixaram, taxativamente, o número de vereadores proporcionalmente à população de cada município, não restando mais nenhuma margem de discricionariedade para a entidade municipal. Não restam dúvidas de que essa decisão habilitou o TSE para substituir o poder municipal, atingindo, diretamente, a auto-organização dos municípios.

A partir dessa decisão, o TSE passou a fixar o número de vereadores dos municípios, revogando todas as normatizações municipais em sentido contrário.⁸⁶⁸ Esse entendimento do STF contrariava o que estava expressamente previsto no texto constitucional, pois a Constituição, antes da Emenda Constitucional, previa uma margem de discricionariedade para que o ente Municipal fixasse a quantidade de vereadores.⁸⁶⁹ Dessa forma, a mutação inconstitucional oriunda inicialmente de um ato

⁸⁶⁸ Resolução TSE n. 21.702/2004. ANEXO.

NÚMERO DE HABITANTES DO MUNICÍPIO	NÚMERO DE VEREADORES
até 47.619	09 (nove)
de 47.620 até 95.238	10 (dez)
de 95.239 até 142.857	11 (onze)
de 142.858 até 190.476	12 (doze)
de 190.477 até 238.095	13 (treze)
de 238.096 até 285.714	14 (catorze)
de 285.715 até 333.333	15 (quinze)
de 333.334 até 380.952	16 (dezesesseis)
de 380.953 até 428.571	17 (dezessete)
de 428.572 até 476.190	18 (dezoito)
de 476.191 até 523.809	19 (dezenove)
de 523.810 até 571.428	20 (vinte)
de 571.429 até 1.000.000	21 (vinte e um)

⁸⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 29, IV, antes da Emenda Constitucional 59/2004:

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

normativo do Poder Judiciário foi validada por esse próprio Poder, por meio do seu órgão máximo, ao realizar o controle de constitucionalidade do ato.

O fato é que, no Brasil, a Constituição da República, ao regular a família, é expressa ao caracterizar a unidade familiar pela união entre homem e mulher. É o que dispõe o § 3º, do art. 226 da Constituição. O STF foi chamado a manifestar-se sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que foi admitida no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277. Posteriormente, no dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução, para melhor elucidar o julgamento do STF, que obriga todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O mesmo impedimento existia no bloco de constitucionalidade português, uma vez que a Constituição portuguesa admite como norma constitucional a Declaração Universal de Direitos do Homem, e esta dispõe que a instituição do casamento é consagrada para homens e mulheres. Entretanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo também é admitido em Portugal. O Tribunal Constitucional, em controle preventivo de Lei Ordinária que permitia a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, julgou a norma constitucional. Ou seja, nos dois casos, o texto não comporta a norma.

Outro exemplo oriundo do STF refere-se à possibilidade do cumprimento de pena a partir da decisão judicial condenatória de segunda instância.⁸⁷⁰ Embora essa decisão tenha sido tomada pelo pleno do Tribunal, ela ainda não é uma mutação inconstitucional, pelo simples fato de faltar o quesito “estabilidade temporal”.

Tanto assim é que, em momento posterior, o Ministro Ricardo Lewandowski adotou entendimento contrário ao do plenário do Supremo Tribunal Federal e concedeu liminar que suspendeu o imediato cumprimento da pena aplicada

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

⁸⁷⁰ Habeas Corpus (HC) 126292 - STF. O julgamento foi por maioria de votos, sendo que a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski foram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus.

contra um réu condenado em segunda instância.⁸⁷¹ Lewandoski entendeu que a decisão judicial condenatória de segunda instância, por si só, não era caso para o cumprimento definitivo da pena.

É fato que, a partir da decisão proferida nas ADCs 43 e 44, por maioria de votos, seis votos contra cinco, confirmando o posicionamento já fixado no HC 126.292 de que é possível a execução da pena a partir da decisão condenatória em segunda instância, a situação tende a se estabilizar favoravelmente à mutação inconstitucional, pelo menos por um determinado período de tempo. Porém o quórum demonstra uma extrema divisão do tema na própria Corte, sendo que qualquer alteração de posicionamento de um dos ministros pode acarretar a revisão da jurisprudência do STF.

Essa possibilidade de alteração de entendimento não é algo tão difícil de ocorrer, uma vez que, em curto período de tempo, o Ministro Dias Tóffoli modificou radicalmente a sua posição sobre o tema, tanto que no HC 126.292 ele julgou favorável ao cumprimento da pena a partir da decisão condenatória em segunda instância, porém, nas ADCs supracitadas, reformulou o seu entendimento para apenas permitir o cumprimento da pena a partir do trânsito em julgado.

É fácil perceber que a questão não está tão consolidada, pois, no voto proferido em fevereiro de 2016 – primeira vez que o STF manifestou-se favoravelmente sobre a tese – o quórum foi de sete votos a favor contra quatro votos. Na manifestação de setembro do mesmo ano, proferida após a decisão do ministro Ricardo Lewandoski, o resultado foi de seis votos contra cinco, sendo que o ministro Dias Tóffoli, como já salientado, que inicialmente era favorável ao cumprimento definitivo da pena a partir da decisão de segunda instância, retratou-se. O tema está longe de estar pacificado, principalmente após a morte do ministro Teori Zavasky, que era um dos ministros favoráveis à prisão a partir da condenação de segunda instância. Assim, atualmente, têm-se cinco ministros favoráveis e cinco ministros contrários à tese.

Ocorre que, caso prevaleça o entendimento de que a partir da decisão de segunda instância inicia-se o cumprimento da pena, ter-se-á uma mutação inconstitucional, tendo em vista a afronta direta ao princípio constitucional da presunção de inocência, descrito no art. 5º, LVII da Constituição Federal,⁸⁷² que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”, ou seja, ao permitir a

⁸⁷¹ HC 135752 – STF.

⁸⁷² Art. 5º, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

prisão definitiva a partir da condenação em segunda instância, há uma antinomia entre a decisão proferida e o texto constitucional, pois haverá pessoas cumprindo pena definitivamente, sendo que elas, pelo ordenamento jurídico, ainda são consideradas inocentes.

O mesmo se operou em face da prisão do infiel depositário. A Constituição brasileira dispõe, claramente, que a prisão por dívidas só será admitida, excepcionalmente, em dois casos: em face do não pagamento de pensão alimentícia e do infiel depositário⁸⁷³. Ocorre que, a partir do HC 96.772/SP, a prisão do infiel depositário foi afastada do ordenamento jurídico, tendo em vista que, para o STF, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, a partir dessa decisão, passaram a “ter caráter de supralegalidade”. Razão pela qual, em razão da Convenção Americana de Direitos Humanos, que somente permite a prisão do devedor de pensão alimentícia, o STF reconheceu a ilegitimidade jurídica da prisão do depositário infiel, em decorrência de mutação constitucional operada pela via da interpretação, fato esse expressamente reconhecido na própria Ementa do Acórdão⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Art. 5º

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

⁸⁷⁴ E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. [...]HC 96772. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183

Porém, é fato que o julgado ocorreu no ano de 2009, logo, em momento posterior a vigência das alterações perpetradas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o §3º, do art. 5º, que claramente dispôs sobre a posição hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. É fácil perceber que apenas os tratados “sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁸⁷⁵. Todavia, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em momento algum, observou o trâmite descrito no § 3º, do art. 5º da Constituição da República, logo, essa Convenção nunca alçou o status de emenda constitucional. O que quer dizer que essa Convenção não tem o condão de alterar ou revogar normas constitucionais. Além disso, o STF, com o fito de fazer com que o seu entendimento prevalecesse, de forma vinculante, aprovou a Súmula Vinculante, que assim dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

É fácil perceber que a interpretação dada não comporta no texto, nem no contexto, uma vez que as convenções e os tratados internacionais sempre tiveram, e ainda têm, status de lei ordinária. A interpretação realizada contradiz expressamente o enunciado constitucional. Diferente do consignado no acórdão, não se trata de mutação constitucional, mas sim de mutação inconstitucional, uma vez que a decisão não respeitou os limites traçados para o instituto.

Como demonstrado, a mutação inconstitucional pode ser oriunda de qualquer um dos três poderes, todavia, diante da quantidade de exemplos oriundos da interpretação judicial, é fácil perceber a razão pela qual muitas vezes o tema “mutação inconstitucional” é associado, prioritariamente, ao Poder Judiciário.

6.1.2.2 As súmulas vinculantes

A súmula vinculante é instrumento que vincula os órgãos da Administração Pública direta e indireta dos três entes da Federação e o próprio Poder Judiciário, com exceção do próprio STF. Ocorre que, se for mal utilizada, ela permite que o STF inove na ordem jurídica, em pleno desrespeito ao princípio da legalidade. Isso ocorreu com as

⁸⁷⁵ Art. 5º

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

súmulas vinculantes que regulamentaram o emprego da algema⁸⁷⁶ e a vedação do nepotismo⁸⁷⁷ no serviço público, sendo que, nos dois casos, além de ferir o princípio da legalidade, o próprio STF não observou um dos requisitos para expedição do enunciado de súmula vinculante, que é a jurisprudência reiterada em determinado sentido.

No caso do nepotismo, não é possível justificar, juridicamente, porque o impedimento é o parentesco até o terceiro grau e não porque o limite é o parentesco de segundo ou mesmo o de quarto grau. Não há razões jurídicas prévias ao julgamento para incluir ou não o colateral ou o parentesco por afinidade, não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que sustente esse posicionamento. Trata-se, claramente, de decisão discricionária, pois a fixação do grau de parentesco para configurar o nepotismo é uma decisão política, que deveria ter sido tomada pelos verdadeiros representantes políticos da sociedade, a fim de, inclusive, possibilitar o real debate na sociedade sobre o tema.

Assim, é fácil concluir que todos os casos aqui elencados constituem mutações inconstitucionais que inovaram na ordem jurídica, em desrespeito ao princípio da legalidade.

6.1.2.3 A Concretização das normas não exequíveis por si mesmas

O suprimento de omissão legislativa, considerando a evolução da teoria do Mandado de Injunção na jurisprudência brasileira, por exemplo, a greve no serviço público, já foi objeto de análise deste trabalho no Capítulo 5.

Muitas vezes, a mutação inconstitucional é oriunda do ativismo judicial, ocasionada pela politização das decisões do Poder Judiciário, diante da implementação direta de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Essas decisões, algumas vezes, inovam a ordem jurídica brasileira e atuam dentro da esfera de competência dos poderes Executivo e Legislativo. Um bom exemplo é o caso Serra do Sol e os 19 pontos que

⁸⁷⁶ Súmula Vinculante 11 do STF – “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁸⁷⁷ Súmula Vinculante 13 do STF- “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

deverão ser observados não apenas naquela demarcação, mas em quaisquer demarcações de terras no Brasil.⁸⁷⁸

⁸⁷⁸ PORTARIA da AGU Nº 303, DE 16 DE JULHO DE 2012 que incorporou os 19 pontos do julgado caso Serra do Sol no seu art. 1º, que assim dispõe:

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo:

"(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar".

"(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional".

"(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da Lei".

"(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira".

"(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI".

"(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI".

"(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação".

"(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade".

"(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI".

"(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade".

"(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI".

"(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas".

"(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não".

"(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973)".

"(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973)".

"(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e ou outros".

"(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada".

No Brasil vigora, por força da Constituição, o princípio da legalidade, logo, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Todavia, é fato que no julgamento do caso Serra do Sol, o STF inovou na ordem jurídica ao incluir uma série de “normas, gerais e abstratas” no dispositivo do Acórdão. Essas “normas” têm efeito *erga omnes*, todavia o conteúdo delas deveria ter sido ventilado por lei. Não há dúvidas de que muitos dos 19 pontos inovaram na ordem jurídica.

Isso não quer dizer que toda concretização de normas constitucionais pelo poder judiciário seja uma mutação inconstitucional, mas sim que toda inovação do ordenamento jurídico oriunda da concretização de normas constitucionais que não observar os requisitos nomeados no Capítulo 5 configurará uma mutação inconstitucional em potencial.

6.2 As mutações inconstitucionais oriundas de fato

Como já salientado, mesmo as mutações inconstitucionais oriundas de fatos só são incorporadas ao ordenamento jurídico quando esses fatos são realizados ou tolerados pelos poderes políticos, fora isso não há interesse jurídico neles.

As mutações inconstitucionais enquadradas nessa categoria são classificadas como: costume *contra legem*, desuso, precedente com efeito *erga omnes*, súmula vinculante (quando inconstitucionais) e convenção inconstitucional. As convenções inconstitucionais, em face da falta de imperatividade, só acarretam mutações inconstitucionais em regimes de *common law*, todavia a sua reiteração, em regime de *civil law*, pode ocasionar o surgimento de novos costumes, e esses sim poderão gerar mutações inconstitucionais no ordenamento jurídico. O tema, como um todo, já foi objeto de análise em capítulo próprio, o objetivo agora é apenas focar a mutação inconstitucional, ou seja, a modificação inconstitucional que se opera na Constituição.

O fato é que o desuso sempre ocasionará mutação inconstitucional, uma vez que a norma garante um determinado direito ou exige uma determinada conduta,

"(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)".

"(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento".

todavia, por razões extrajurídicas (no sentido de que mesmo a norma criada para justificar aquele comportamento não observou as formalidades constitucionais), a norma não é cumprida. A mutação da Constituição se opera por causa da impossibilidade de se exercerem certos direitos descritos constitucionalmente. Existem normas, porém há uma impossibilidade de exercer os direitos instituídos por elas. Esse fato caracteriza a mutação por desuso. O desuso se assemelha ao costume *contra legem*, porém ele possui algumas especificidades que necessitam ser mais bem estudadas.

A mutação por desuso também foi abordada por Jellinek.⁸⁷⁹ O fenômeno do desuso de uma norma jurídica representa o oposto do que ocorre na formação de um direito consuetudinário. Se este se forma a partir de uma prática social reiterada no tempo, ocorrendo a transformação de uma regra material em formal,⁸⁸⁰ no desuso⁸⁸¹ acontece o contrário, a regra formal perde paulatinamente seu conteúdo normativo material, tornando-se obsoleta.

Em ambas as hipóteses existe uma barreira sem resposta: a partir de quando a norma jurídica passa a ser considerada em desuso ou mesmo quando uma norma material pode ser considerada formal, apenas em face do decurso do tempo?

Cumpre esclarecer que o desuso nada mais é do que uma mutação inconstitucional que impossibilita o exercício de uma competência de poder. O direito que é atribuído a determinados sujeitos se perde ante a impossibilidade de exercê-lo. O exemplo fornecido por DAU-LIN é o direito à dissolução da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República Francesa, conforme dispunha o art. 5ª da Constituição Francesa de 1875. Dau-Lin explica que o caso é emblemático e referiu-se à dissolução do Parlamento por ato do Presidente da República.⁸⁸² O mencionado artigo da Lei Constitucional de 1875 atribuía ao Presidente da República o poder de dissolver a Câmara dos Deputados de acordo com o Senado. Porém MacMahon, à época Presidente da França, ao aplicar o artigo pela primeira vez na história daquele país, sofreu fortes

⁸⁷⁹ JELLINEK, Georg; Traducción de Pablo Lucas Verdú. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 45.

⁸⁸⁰ Formal aqui utilizado no sentido de essas normas se equivalerem às normas que respeitaram a forma contida na Constituição.

⁸⁸¹ Quanto a outros autores que admitem o desuso, cf.: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 383. Porém esse autor ressalva que o desuso só pode ocorrer em relação a certas normas constitucionais, jamais em relação a toda a Constituição. FERRAZ, Anna Candida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 234. Essa autora elenca um requisito para o desuso, que é a inobservância consciente, uniforme, consentida e reiterada de uma disposição constitucional.

⁸⁸² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998, p 73.

críticas, principalmente pela doutrina especializada, que afirmava a inconstitucionalidade da norma aplicada, o que gerou uma crise política que culminou com a demissão do Presidente. A partir desse fato, passou-se a considerar tal faculdade presidencial ilegítima, caindo a norma em desuso. Esse exemplo demonstra que uma norma pode perder completamente seu caráter jurídico ainda que exista formalmente numa Constituição.

Esse acanhamento de uma atribuição descrita na norma constitucional que ocorre pelo prologado não uso dessa mesma competência, de forma que o decurso do tempo termina por atrofiá-la, é sentido em vários ordenamentos jurídicos. De alguma forma, o poder gradualmente entra em desuso e, mais tarde, os atores do sistema legal o declaram ilegítimo por meio do desuso ou afirmam que uma convenção constitucional proíbe então o seu exercício. São vários os exemplos de poderes que se atrofiaram com o decurso do tempo. Citam-se, a título de exemplo, os apontados por Adrian Vermeule, que incluem: “o veto real no Reino Unido, o poder do Governo Federal canadense para ‘desautorizar’ as leis provinciais, o poder do Congresso dos EUA para expandir o número de juízes da Suprema Corte (*courtpacking*) e a ‘cláusula de desconsideração’ que autoriza o Parlamento canadense a anular decisões judiciais”.⁸⁸³

Uma questão interessante defendida por Vermeule é que o desuso pode não acarretar apenas a atrofia de um Poder, mas também a hipertrofia de outro, pois, uma vez que o poder não deixa vácuo, muitas vezes outro Poder passa a exercer determinada atividade, de forma irregular, apesar de a Constituição expressamente dispor que o primeiro Poder é o responsável por determinada competência.

Alguns dos exemplos citados por Vermeule ajudam a compreender esse movimento de atrofia versus hipertrofia. No Reino Unido, embora conste o instituto do veto real, este não é aplicado desde 1708. Logo é comum considerar-se que o veto real é um instituto que caiu em desuso. É fato que a ausência do veto hipertrofiou o Poder Legislativo, pois deixou de haver a interferência de outro Poder no processo legislativo. Da mesma forma, o Ato Constitucional de 1867 do Canadá⁸⁸⁴ determinava que cada ato provincial deveria ser apresentado ao Governador-Geral, que poderia “recusá-lo”, dentro do período de um ano. O Governador-Geral era o representante da Coroa, porém,

⁸⁸³ VERMEULE, Adrian. The atrophy of constitutional powers. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 3, p. 421-444, 2012.

⁸⁸⁴ A composição da Constituição do Canadá é definida na subseção 52 (2) da Lei Constitucional de 1982, que consiste na Lei do Canadá de 1982 (incluindo a Lei Constitucional de 1982), todos os atos e ordens mencionados no cronograma (incluindo a Ato Constitucional de 1867) e quaisquer emendas a esses documentos.

historicamente, ele exerceu o poder ouvindo o Primeiro-Ministro canadense. A desaprovação foi exercida 112 vezes entre 1867 e 1943, mas, desde 1943, ela não foi mais utilizada. Os advogados canadenses defendem que uma convenção constitucional proíbe sua utilização. Todavia um substituto parcial para a desautorização foi criado por meio da Revisão Judicial, que passou a analisar se a legislação provincial estava em conformidade com o federalismo constitucional.⁸⁸⁵ Assim, o Poder Judiciário se hipertrofiou.

Essa atrofia de um Poder e hipertrofia de outro⁸⁸⁶ não é algo que demande um interesse apenas teórico; pelo contrário, os efeitos práticos nunca foram tão sentidos no Brasil, pois é fato que o Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais forte e presente na sociedade. Ocorre que muito desse fortalecimento refere-se a uma atrofia do Poder Legislativo diante de uma hipertrofia do Poder Judiciário. É bem provável que os juízes estejam preenchendo um vácuo de poder criado pela debilidade legislativa, muitas vezes oriunda do descrédito do sistema eleitoral e da baixa representatividade do cidadão, por causa da captação dos parlamentares por determinado grupo (seja social, religioso ou econômico) ou mesmo pelas distorções acarretadas pelo abuso do poder econômico durante o processo eleitoral.

Existem duas espécies distintas de desuso. Uma é o desuso da norma. A norma regula algo que ainda existe e não está em desuso, mas a sua aplicação naquele caso que ela regula já está em desuso. É exatamente o caso tratado linhas acima – a dissolução do Parlamento pelo Presidente da República é um instituto que poderia ser aplicado na França, à época, como o é, atualmente, em Portugal. Todavia esse desuso é distinto do que ocorre quando a norma regula um instituto que caiu em desuso, pois, nesse caso, a sua aplicação se torna impossível pelo fato de a entidade não mais existir. Um bom exemplo, analisado recentemente pelo STF, é a sala de Estado-Maior. A Reclamação 5.826 Paraná é assim ementada:

Reclamação constitucional. Advogado. Recolhimento em sala de estado-maior, cujo desuso retira a consistência do ato normativo previsto no Estatuto dos Advogados.⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ VERMEULE, Adrian. The atrophy of constitutional powers. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 3, p. 421-444, 2012.

⁸⁸⁶ Não há na doutrina um consenso a respeito da razão pela qual uma norma cai em desuso ou mesmo os motivos que levam um Poder a incorporar uma atribuição ou competência que deveria ser exercido por outro Poder. Vermeule levanta algumas hipóteses que tentam justificar o fenômeno. Para esse autor, o desuso ocorre devido a um precedente político heurístico. Sobre o tema, cf. *Ibidem*, p. 421-444.

⁸⁸⁷ Reclamação 5.826 Paraná. Relatora MIN. Cármen Lúcia. Publicado em 18/03/2015.

Neste mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

[...] também, como resultou do debate já colocado a partir do voto do ministro Toffoli, é notório que essas chamadas “casas” ou “salas de estado-maior”, se é que já não desapareceram, estão caminhando para o desuso, o que retira consistência para a decisão normativa tomada pelo legislador. Não há mais em organizações militares, muito menos no âmbito da própria polícia”.⁸⁸⁸

Observe-se que, no caso em estudo, o direito de os advogados permanecerem presos em sala de Estado-Maior está garantido no Estatuto da Ordem dos Advogados. Porém o fato de não mais existirem salas de Estado-Maior implica a impossibilidade de que a norma seja efetivada. Essa espécie de desuso se torna corriqueira com o avanço da tecnologia, uma vez que afasta do mercado produtos considerados ultrapassados. Assim, qualquer norma que porventura regulamente, de alguma forma, esses produtos estará também em desuso, da mesma forma que o produto regulado. Um bom exemplo dessa modalidade é a Lei do Fax, que, se não for revogada nos próximos anos, provavelmente entrará em desuso, uma vez que a tecnologia do fax há tempos está superada pela popularização do e-mail.

O desuso, muitas vezes, é classificado como uma espécie de costume *contra-legem* e, outras vezes, como instituto autônomo. Esse tema já foi analisado em capítulo específico desta tese. Independentemente da classificação adotada, o desuso apresenta algumas particularidades, pois, como já demonstrado, ele opera no âmbito da eficácia da norma, logo nada impede que normas que outrora foram consideradas em desuso voltem a produzir regulares efeitos. Uma vez que a norma em desuso não é afastada do ordenamento jurídico, ela apenas deixa de produzir efeitos jurídicos. Já o costume *contra-legem* atua no âmbito da validade da norma, cria-se uma nova norma que, em caso de antinomia, pode afastar do ordenamento jurídico a norma em conflito.

Da mesma forma que o desuso, as convenções e os costumes *contra-legem* podem acarretar mutações inconstitucionais. No Brasil, têm-se alguns exemplos históricos desses tipos de mutações, que muito se confundem em razão da aproximação desses institutos. Sobre o tema, remeta-se o leitor ao capítulo específico desta tese, apenas lembrando que outras figuras como a prática, o uso, os precedentes e os próprios

⁸⁸⁸ Voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação 5.826/Paraná. Relatora. MIN. Cármen Lúcia. Publicado em 18/03/2015.

atos inconstitucionais, embora por si só não gerem mutações, podem levar as elas, caso esses atos sejam reiteradamente realizados, tornando-se um costume constitucional ou uma convenção. Esta, como demonstrado, só gera mutações inconstitucionais em regimes de *common law*. Ressalte-se, novamente, que nem todo ato oriundo desses institutos acarretará mutações inconstitucionais.

Pela Constituição brasileira de 1824, o Imperador, por força do art. 121,⁸⁸⁹ só poderia assumir o trono com dezoito anos. À época, o projeto de antecipação de maioria foi derrotado mais de uma vez na Câmara. No entanto, é conhecido o desfecho da história: o “golpe da maioria”. Dessa forma, à revelia da Constituição, D. Pedro II foi declarado maior e aclamado Imperador diante das Câmaras reunidas.⁸⁹⁰ Nesse caso, tem-se uma fraude à Constituição. Todavia, caso no Brasil a Monarquia tivesse prosperado, poder-se-ia estar diante de um precedente que, caso fosse reiterado, poderia tornar-se um costume. Nesse caso, poder-se-ia falar em mutação inconstitucional.

A própria investidura do Marechal Floriano Peixoto no cargo de Presidente é muito utilizada pelos doutrinadores como um exemplo de mutação inconstitucional.⁸⁹¹ O art. 42 da Constituição de 1891 previa que, em caso de vacância, por qualquer causa, da presidência e da vice-presidência, sem que tivesse transcorrido o prazo de dois anos do período presidencial, proceder-se-ia a nova eleição. No entanto, o Congresso Nacional, violando esse dispositivo, entendeu caber ao vice-presidente, Marechal Floriano Peixoto, assumir a Presidência.⁸⁹² Aqui também não seria o caso de mutação inconstitucional, uma vez que o mesmo desfecho não voltou a se repetir no Brasil.

Os dois exemplos utilizados, ocorridos no Brasil, tratam de atos inconstitucionais que, caso o mesmo comportamento fosse rotineiramente reiterado, seriam caracterizados como fontes-fatos do direito *contra constitutionem*. Dessa forma, apesar de todos os exemplos serem atos inconstitucionais e terem vigorado como se constitucionais fossem, tendo inclusive produzido regular efeito, é fato que não

⁸⁸⁹ Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

Art. 121. O Imperador é menor até á idade de dezoito annos completos.

Art. 122. Durante a sua menoridade, o Imperio será governado por uma Regencia, a qual pertencerá ao Parente mais chegado do Imperador, segundo a ordem da Successão, e que seja maior de vinte e cinco annos.

⁸⁹⁰ GOMES, Laurentino. 1889. São Paulo: Globo Livros, 2013, p. 90.

⁸⁹¹ Nesse sentido, cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 248.

⁸⁹² *Ibidem*, p. 248.

preencheram todos os requisitos para configurarem uma mutação inconstitucional, tendo em vista a ausência de reiteração da mesma decisão em diferentes casos concretos.

6.3 Limites à mutação inconstitucional

Existem no ordenamento jurídico brasileiro e no português alguns limites à mutação inconstitucional, que visam extirpar a norma contrária à Constituição. Um desses limites é o controle de constitucionalidade, que exerce duplo papel, já que pode ser fonte das mutações constitucionais ou inconstitucionais e limite das mutações inconstitucionais. No tópico anterior, focalizou-se o controle como fonte, no presente tópico, destaca-se o seu papel de limite. Essa função de limite exercida pelo controle de constitucionalidade varia de acordo com o ordenamento jurídico analisado, pois há países que não o adotam. Além disso, existem graus de controle de constitucionalidade, logo ele pode ser classificado como forte ou fraco. Dessa forma, a eficiência do controle para a erradicação da mutação inconstitucional deverá observar as particularidades de cada país. Os outros limites aqui apresentados são, de alguma forma, mais homogêneos, embora também variem de acordo com as tradições de determinado país. São eles: a autolimitação do poder político, o diálogo institucional e o conflito entre poderes.

Ocorre que esses limites não são intransponíveis. Caso sejam superados, a mutação inconstitucional produzirá os mesmos efeitos de uma mutação constitucional e será incorporada ao ordenamento jurídico. É claro que nada impede que, no futuro, essa situação se altere e a mutação inconstitucional seja afastada. Todavia, casos isso não ocorra, ela produzirá os mesmos efeitos de uma norma constitucional. Isso não quer dizer que a mutação inconstitucional é uma forma de modificação válida da Constituição, ao contrário, ela é a comprovação de um fracasso constitucional, ou seja, é uma prova de que a Constituição não foi suficientemente forte para limitar o poder político.

É fato de que há países com mais casos de mutações, sejam constitucionais ou inconstitucionais, do que outros. Na prática, existem alguns cenários que favorecem a sua proliferação, como o fato da Constituição prever um quórum muito elevado ou um procedimento extremamente dificultoso para a sua alteração formal, a exemplo do que ocorre nos EUA.

No presente trabalho, ficou muito claro de que o Brasil possui muito mais exemplos, sejam históricos ou contemporâneos, de mutação do que Portugal. Ocorre que não foi possível identificar uma causa específica para essa discrepância, nem muito

menos relacioná-la com a maturidade democrática. É fato que Portugal é mais antigo do que o Brasil, mas se se pensar em tempo de experiência de redemocratização, a diferença não é tão significativa, uma vez que até 1974, Portugal vivia uma ditadura, sendo que no Brasil, o regime ditatorial durou até 1985. A Constituição Portuguesa é de 1976, doze anos, apenas, mais velha do que a brasileira.

Todavia, a Constituição brasileira sofreu muito mais mutações informais do que a portuguesa, sendo que, a princípio, é mais fácil alterar, formalmente, o texto constitucional brasileiro do que o português, não só pela exigência, no direito português, de um quórum maior para a modificação operada pelo processo de revisão, 2/3, enquanto a Constituição brasileira prevê quórum de 3/5, mas também pela não existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de nenhuma limitação temporal, como ocorre em Portugal. É claro que essa assertiva, de que o procedimento previsto para a alteração formal contido na Constituição portuguesa ser mais dificultoso do que o da Constituição brasileira, deve ser relativizada, pelo fato do Congresso brasileiro ser bicameral, logo, o respectivo quórum deve ser atingido nas duas casas parlamentares, o que não ocorre em Portugal, que é unicameral.

Mesmo que a mutação seja um problema que porventura o amadurecimento democrático resolva, é fato que não há relação entre o número de casos de mutações inconstitucionais e a redução da qualidade democrática de cada país. Isso porque, o fato de haver um processo de mutação, por si só, não significa que o resultado daquele ato restringiu a qualidade democrática de um determinado ordenamento.

Uma mutação inconstitucional pode significar que o texto original da Constituição era menos democrático do que a atual necessidade social. Uma mutação inconstitucional que autoriza o casamento de pessoas do mesmo sexo, em face de uma Constituição que expressamente o vede, ou mesmo uma mutação inconstitucional que acolha os pleitos de reforma informal pretendidos por Robert Dahl, afastando as restrições atualmente previstas na Constituição norte-americana para o processo de emenda, ampliando a igualdade política e não mais permitindo que representantes de 7,8% da população⁸⁹³ consiga vetar emendas constitucionais, não significariam redução da qualidade democrática.

⁸⁹³ “Pelo Recenseamento de 2000, é fácil calcular que uma emenda poderia ser barrada por: 34 senadores dos 17 estados menores, com população total de 20.495.878, ou 7,8% da população dos Estados Unidos.” DAHL, Robert A. *A Constituição norte-americana é democrática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. Apêndice B, p.145.

Em nenhum desses dois casos se poderia falar em redução da qualidade democrática, pelo contrário, se a democracia está *pari passu* com o princípio da igualdade, a inclusão dos homossexuais, por meio da igualdade de direitos e a aplicação do princípio “um homem, um voto”, ao diminuir o peso do voto dos senadores de estados menos populosos, não mais prevalecendo a vontade de minorias eleitorais sobre a vontade de uma maioria populacional significativa, não acarretariam redução da qualidade democrática. Ao contrário, a mutação inconstitucional, nesses casos, seria uma ferramenta para a melhoria dessa qualidade. Todavia se o mesmo instituto for mal utilizado, afastando, por exemplo, garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, ocasionará uma redução da qualidade democrática.

Por isso, não é possível mensurar, sob o enfoque da quantidade de processos informais de alteração constitucional, se houve aumento ou redução da qualidade democrática de um ordenamento jurídico. É necessário elaborar um estudo qualitativo para tanto, pois, “boas” mutações inconstitucionais, embora não sejam a via adequada, podem gerar incremento na qualidade democrática do país. Porém, a quantidade de mutações podem ser sim um indicador de que a Constituição não está sendo um instituto apto para controlar o poder político.

Porém, o que nos interessa no presente tópico não é se a mutação inconstitucional é boa ou ruim, em termos de evolução de um determinado ordenamento jurídico ou se ela é uma ferramenta que amplia ou restringe a democracia, o que se pretende analisar são as formas de freá-las e, não sendo possível contê-las, a forma de extirpá-las do ordenamento jurídico.

6.3.1 A autolimitação do poder político

O poder pode ser conceituado como a “possibilidade de impor, eficazmente (isto é, de modo a ser acatado), o respeito da própria conduta ou às normas a que deve obedecer a conduta alheia”.⁸⁹⁴

A teoria da autolimitação do poder político visa justamente limitar o exercício do poder político por dentro, ou seja, pelo direito. É claro que ela se contrapõe a todas as teorias que defendem a impossibilidade de limitação da soberania, que

⁸⁹⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2012, v. I, p. 280.

advogam que, se um poder é soberano, isso quer dizer que ele é supremo, logo livre e ilimitado.

Nesse diapasão, o poder político não pode ser limitado, mas apenas dividido, a fim de que uma fatia limite a outra. Esse é o sistema conhecido como freio e contrapesos. Esse sistema também é uma forma de autolimitação, pois, se o poder é uno e uma parte limita a outra, na verdade, o que ocorre é que o poder estará se autolimitando por meio de uma de suas partes. Todavia o que se pretende analisar no presente tópico é a autolimitação de uma das partes nas quais o poder tenha sido dividido, a fim de que ela própria limite a sua atuação, sem a necessidade de que outra parte do poder intervenha.

A teoria da autolimitação do Estado, que se deve, sobretudo, aos escritores alemães, especificamente, à Jellinek, defende que o Estado fica obrigado a respeitar, por vontade própria, as leis que ele próprio elabora, em face de três princípios fundamentais: a necessidade da confiança social; a suficiência da vinculação jurídica por declaração unilateral de vontade; o caráter jurídico do poder político e da soberania.⁸⁹⁵

A necessidade de confiança social nada mais é do que a necessidade de segurança jurídica. Caso o próprio Estado não observasse as leis emanadas por ele próprio, não seria possível prever as expectativas da sociedade em relação a determinado fato. Isso abalaria significativamente a confiança social, que é a base da civilização. É fato que um aumento significativo da aplicação do instituto conhecido como mutação constitucional gera insegurança jurídica, pois os administrados têm uma expectativa de que os órgãos políticos tomarão as mesmas decisões nos casos similares, a mudança de posicionamento, de forma repentina, provoca abalo na confiança social, uma vez que afasta dos administrados a previsibilidade necessária dos atos jurídicos por eles praticados. Sem falar que o fato de a opinião do Estado se modificar a todo tempo gera ainda um custo econômico elevado, conhecido como custo de transação.⁸⁹⁶

⁸⁹⁵ JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Paris: A. Fontemoing, 1904, p. 552.

⁸⁹⁶ “Os custos de transação nada mais são que o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica”. PONDÉ, João Luís; FAGUNDES, Jorge; POSSAS, Mário. *Custos de transação e inovações institucionais*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_politicas_de_defesa_da_concorrenzia.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2017.

A eficácia jurídica da declaração unilateral de vontade repousa na tese de que as obrigações jurídicas podem nascer da mera declaração unilateral de vontade,⁸⁹⁷ independentemente da aceitação pelos beneficiários. Logo, nos casos em que o Estado publica uma lei, ele unilateralmente se compromete a respeitar e a observar aquela lei. Nada impede que ele, no futuro, modifique a lei, porém, enquanto ela vigorar, os seus efeitos não obrigam apenas os administrados, mas também o administrador.

O caráter jurídico do poder político limita o exercício do poder político por meio do ordenamento jurídico vigente; o poder político está submetido ao direito. Todavia, como bem esclarece Marcelo Caetano, a limitação política é puramente formal e relativista, pois, embora o poder político esteja limitado pelas leis existentes, nada impede que o Estado, de acordo com as regras em vigor, revogue-as ou as substitua por outras leis.⁸⁹⁸

Ocorre que a autolimitação do estado, na vertente alemã, repousava a sua crença num Estado legalista, pois se presumia uma perfeita harmonia entre a vontade geral do povo e a vontade estatal, expressada pelo Poder Legislativo, sem se preocupar com o uso arbitrário desse Poder, o que reduzia o estado de direito alemão a um puro estado legal. Essa teoria evoluiu de forma diferente em diversas regiões do mundo. No direito inglês o *rule of law* era caracterizado pelos chamados *guiding principles*, que abarcavam a igualdade jurídica dos sujeitos, a sinergia entre o Parlamento e as Cortes Judiciárias e a tutela dos direitos subjetivos.⁸⁹⁹

O *rule of law* do direito americano reduziu a autonomia do Parlamento e empoderou o Judiciário com o *judicial review*, a fim de evitar ameaças representadas por maiorias parlamentares hostis às liberdades individuais. Dessa forma, prevaleceu o entendimento de que juízes, por serem técnicos, poderiam garantir a melhor aplicação da Constituição. Outra diferença significativa era que a Constituição Americana era

⁸⁹⁷ “A declaração unilateral de vontade é uma das fontes das obrigações resultantes da vontade de uma só pessoa, formando-se a partir do instante em que o agente se manifesta com intenção de se obrigar, independentemente da existência ou não de uma relação creditória, que poderá surgir posteriormente. Não haverá liberdade para se estabelecerem obrigações, que só se constituirão nos casos preordenados em lei. As obrigações nascem da declaração unilateral da vontade manifestada em circunstâncias tidas pela lei como idôneas para determinar sua imediata Constituição e exigibilidade, desde que o declarante a emita com intenção de obrigar-se, e desde que chegue ao conhecimento da pessoa a quem se dirige, e seja está determinada ou pelo menos determinável.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 581.

⁸⁹⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2012, v. I, p. 302.

⁸⁹⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.15.

rígida, ao contrário da maioria das constituições europeias do período, que eram flexíveis.

Na França, a doutrina atribuiu a Carré de Malberg a formação tardia de uma teoria sobre o Estado de Direito. O *L'état de Droit* sofreu fortes influências da doutrina alemã e americana. Malberg tentou sintetizar as duas experiências a fim de adaptá-las à realidade francesa.⁹⁰⁰

A autolimitação do poder político estaria no fato de que o próprio Estado soberano se submeteria às regras gerais e abstratas emitidas por ele próprio, sendo elas válidas de forma *erga omnes*.⁹⁰¹

A discussão que se seguiu foi a de como conciliar a soberania estatal com os limites impostos pelo direito. Se o Estado é soberano, por que ele estaria submetido a alguma limitação? A resposta que emergiu foi a teoria da autolimitação do Estado, que recebeu diferentes vertentes de acordo com os adeptos de diferentes correntes.

Porém o que interessa aqui não é a limitação da soberania do Estado como um todo, mas sim a autolimitação de uma gama do poder específico que compõe os três poderes. A retrospectiva superficial da teoria da autolimitação serve apenas para analisar se é possível falar em autolimitação de um poder no exercício das suas atribuições constitucionais ou, mais diretamente, qual a razão de um poder não invadir a atribuição de outro.

A razão de um poder se conter em sua gama de atribuição é resultado não só do fato de existirem mecanismos externos aptos a forçá-lo a não atuar fora de sua órbita de responsabilidade, mas também em razão da crença dos integrantes de determinado Poder de que eles não podem agir dentro da esfera de competência de outro Poder.

Além disso, os três princípios fundamentais já expostos – a necessidade da confiança social, a suficiência da vinculação jurídica por declaração unilateral de vontade e o caráter jurídico do poder político e da soberania – vinculam não só o Estado globalmente considerado, mas cada um dos três poderes.

Um Poder é formado por pessoas, que têm uma crença pessoal, mas que também sofrem a influência do meio social. Não é possível separar a pessoa que exerce

⁹⁰⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23.

⁹⁰¹ “*L’Etat de droit est un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu’il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques.*” MALBERG, Raimond Carré. *Contribution à la théorie general de l’État*. Paris: Sirey, 1920-1922, p. 140.

o cargo de juiz, presidente, deputado ou senador da sociedade como um todo e dos demais papéis sociais que aquele indivíduo exerce. Assim, a sociedade possui mecanismos informais que auxiliam, ou melhor, reforçam ou incentivam uma autocontenção no exercício do poder político.

José Eduardo Faria demonstra que o poder do governo é proporcional à quantidade de opinião pública com que está associado.⁹⁰² É natural que os membros de um braço do Poder autolimitem as suas atitudes pelo receio da opinião pública. Da mesma forma, pode ocorrer que essa mesma opinião pública sirva de mote para que o mesmo Poder subverta as suas atribuições constitucionais, ampliando-as sensivelmente.

É claro que os membros de um órgão colegiado são pessoas socializadas, a socialização⁹⁰³ aqui é encarada como o processo de aprendizagem e de “interiorização dos elementos socioculturais, normas e valores do grupo social que se integram na estrutura da personalidade do indivíduo (pessoa social)”.⁹⁰⁴ As normas sociais integram a personalidade das pessoas, logo elas passam a atuar em conformidade ou em desvio com as orientações da sociedade.

Assim, conformidade, pela sociologia, são os padrões de conduta, as ações realizadas de acordo com uma ou várias normas, especificamente, dentro dos limites de comportamento autorizados ou delimitados pela respectiva norma. “Dois fatores são importantes na conceituação de conformidade: os limites do comportamento permitido e determinadas normas que, consciente ou inconscientemente, são partes da motivação da pessoa”.⁹⁰⁵

Por sua vez, o comportamento em desvio é aquele que infringe uma norma, todavia o desvio exige algo mais, necessita da vontade consciente de infringir determinado preceito normativo.⁹⁰⁶

O controle social é justamente o processo pelo qual se punem os comportamentos desviados. Uma vida em sociedade impõe relações sociais, que, por sua vez, caracterizam-se pelas expectativas do comportamento dos outros componentes

⁹⁰² FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 146.

⁹⁰³ “É o processo pelo qual ao longo da vida a pessoa humana aprende e interioriza os elementos socioculturais do seu meio, integrando-os na estrutura de sua personalidade sob a influência de experiências de agentes sociais significativos, adaptando-se assim ao ambiente social em que deve viver.” LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 358.

⁹⁰⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 226.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 227.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 227.

do grupo, isso é, “a possibilidade de prever suas reações, que, por sua vez, influenciarão nossas futuras ações”.⁹⁰⁷ Ocorre que, quando o padrão é rompido, o próprio meio social age de forma punitiva, por meio de sanções,⁹⁰⁸ a fim de impedir que o comportamento desviado se repita.

A sociedade atua de diferentes formas e utiliza diversos recursos para demonstrar a sua contrariedade com determinada conduta de um dos seus indivíduos. Alguns desses recursos consistem em reforço positivo: o elogio, seja ele público ou particular, o prestígio conferido, as recompensas simbólicas (condecorações, medalhas, títulos, aplauso etc.) e sanções negativas (penas, multa, excomunhão, penitência, castigo, perda da reputação, ridicularização, sentimento de culpa, degradação, ostracismo, expulsão, etc.).⁹⁰⁹ As sanções podem ser de diversos tipos: constrangimento físico, sanção econômica, religiosa e social. No presente caso, interessam as sanções sociais, pois essas farão com que um membro de um órgão colegiado atue em conformidade com as regras sociais e punirá, socialmente, as atitudes realizadas em desconformidade com o controle social.

Um dos possíveis conceitos de controle social é fornecido por Charles Cooley, que explica que ele é a relação entre o indivíduo e a sociedade; é um fator implícito na sociedade e, portanto, transmitido de indivíduo para indivíduo por meio da socialização. Dessa forma, a conduta de cada membro é controlada pelo desenvolvimento da consciência. Assim, por meio da socialização, o indivíduo torna-se membro da sociedade, em consequência, passa a ser controlado por ela, tornando-se um agente ativo do processo.⁹¹⁰

Dessa forma, um membro de um Poder, por fazer parte da sociedade e já ter sido socializado, tende a agir em conformidade com as suas regras, logo o autocontrole das suas atribuições são uma realidade, pois, em caso de não autocontenção, a conduta desse agente político será reprovada e criticada pela sociedade.

A autolimitação do exercício do poder político surge justamente pelo fato de que há uma expectativa da sociedade de que o agente político não abusará das suas atribuições. Dessa forma, é muito provável que, em sociedades estáveis, mais politizadas e com tradição democrática, os atos de mutação inconstitucional sejam

⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 227

⁹⁰⁸ As sanções podem ser apenas morais, exercendo somente um determinado constrangimento ao indivíduo. Muitas vezes, são normas de conduta.

⁹⁰⁹ LAKATOS; MARCONI, *op. cit.* p. 227

⁹¹⁰ COOLEY, Charles Horton. *Human nature and the social order*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1902, p. 64.

sempre a exceção à regra, pois os agentes políticos tendem a agir em conformidade com as regras sociais, por força do controle social. Por sua vez, em sociedades com menor tradição democrática, a pressão social provavelmente será menor, o que poderá acarretar um aumento de mutações inconstitucionais.

6.3.2 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma ferramenta extremamente eficiente para a redução das mutações inconstitucionais oriundas do processo legislativo e dos demais atos normativos. Isso porque, antes do surgimento do controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos, essas situações eram vistas como um problema insolúvel, pois não havia nenhum remédio apto a afastar as normas legais contrárias ao texto constitucional.

Essa situação ocasionava alterações informais da Constituição, uma vez que, com o passar do tempo, as normas infraconstitucionais terminavam por alterar profundamente a Constituição, transformando-a em letra morta. O controle de constitucionalidade permitiu que o Poder Judiciário anulasse essas normas, afastando-as do ordenamento jurídico, garantindo assim a prevalência da Constituição e assegurando a sua posição no topo da hierarquia legislativa.

É claro que o controle de constitucionalidade afasta o princípio da autonomia do Parlamento, pois esta passa a ser limitada pelas normas constitucionais. Os atos que extrapolarem o limite demarcado poderão ser afastados do ordenamento jurídico, por meio do sistema do controle de constitucionalidade.

Como qualquer ferramenta de controle, esse instituto também pode ser deturpado e utilizado como verdadeira fonte de mutações inconstitucionais, o que conduz ao antigo e ainda atual problema: quem controla o controlador?

Isso porque, caso o Judiciário adote uma postura ativista, por meio de politização das políticas públicas, ele pode usar o mecanismo do controle de constitucionalidade para alterar informalmente a Constituição, por meio de interpretações claramente contrárias ao texto, mas que, por força do seu julgado, e dos efeitos dele decorrentes, produzirão os mesmos efeitos que uma Emenda à Constituição. Todavia essa falsa “emenda” não terá nenhum limite a respeitar, uma vez que ao Poder Judiciário compete dar a última palavra sobre a matéria. É evidente que nada impede que o Poder Legislativo elabore um Projeto de Emenda Constitucional (PEC), alterando

o entendimento fixado pelo Judiciário, mas, até a sua publicação, o julgado do Judiciário prevalecerá no ordenamento jurídico. De toda forma, nesses casos, o controle de constitucionalidade deixa de ser mecanismo limitador das mutações inconstitucionais para se tornar fonte.

O controle de constitucionalidade é um limite à mutação inconstitucional oriunda de atos normativos elaborados pelos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. É uma ferramenta que possibilita extirpar o ato que não respeita os ditames constitucionais.

Ocorre que duas premissas são identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição e a sua rigidez. A supremacia se caracteriza pelo fato de a Constituição ocupar o ápice da posição hierárquica, sendo ela o fundamento de validade das demais normas jurídicas. A rigidez se caracteriza pela existência de um processo mais dificultoso para sua aprovação do que o aplicado às demais leis. Desse modo, é possível distinguir formalmente as normas constitucionais das demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

A inconstitucionalidade pode ser classificada como formal e material. Ambas as inconstitucionalidades, caso o vício não seja sanado, poderão ocasionar mutação inconstitucional, isso porque a norma em vigor contrariará, seja formal ou materialmente, as disposições constitucionais. Todavia a mutação inconstitucional, para prevalecer na inconstitucionalidade formal, necessita que sejam alterados ou não respeitados os procedimentos formais exigidos para elaboração de determinado ato, não bastando apenas a vigência de um ato isolado em afronta àqueles preceitos.

A Constituição disciplina o modo de produção das leis e as demais espécies normativas primárias.⁹¹¹ A inconstitucionalidade formal se caracteriza quando o ato produzido não respeita as normas de competência, caso em que se tem uma inconstitucionalidade orgânica, ou não respeita o rito estabelecido para a sua elaboração, caso em que se está diante de uma inconstitucionalidade formal propriamente dita, que se caracteriza pela produção de determinada espécie sem a observância do processo legislativo próprio. A mutação inconstitucional surge quando se altera o modo de produção desses atos e não apenas com a existência ou permanência de atos que não observaram as formalidades constitucionais para a sua criação. A inconstitucionalidade material é aquela que se caracteriza por ferir substancialmente o

⁹¹¹ Atos normativos primários são aqueles que têm aptidão para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações. Na Constituição do Brasil, eles estão descritos no art. 59.

disposto em uma norma constitucional.⁹¹² A simples existência de atos inconstitucionais materialmente pode acarretar mutações inconstitucionais.

Outra classificação quanto à inconstitucionalidade é a chamada inconstitucionalidade por ação e omissão, que se caracteriza pela conduta digna de censura, pelo ato inconstitucional realizado por qualquer um dos integrantes dos três poderes.⁹¹³ A inconstitucionalidade por omissão, já analisada em capítulo próprio desta tese, caracteriza-se pela não realização de um ato, em tempo e modo que a Constituição exigia. Essa inércia ilegítima causa inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial.⁹¹⁴ A inconstitucionalidade por omissão pode acarretar duas espécies distintas de mutação, a depender da corrente adotada:⁹¹⁵ uma em razão da inércia do poder que deveria agir e não age, que seriam os casos classificados por Anna Cândida como processos anômalos,⁹¹⁶ e outra em face da concretização da norma faltante pelo Poder Judiciário, sem a observação dos limites já apontados em capítulo específico, uma vez que, ao assim agir, o Poder Judiciário afasta os princípios constitucionais da reserva legal e da legalidade.

Quanto à natureza do órgão de controle, o controle de constitucionalidade poder ser classificado como controle político ou controle judicial. A diferença entre os dois é o órgão responsável por efetivar o controle de constitucionalidade. No controle político, o órgão responsável pela fiscalização de constitucionalidade é normalmente ligado, de modo direto, ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma estar associada à experiência constitucional francesa.

O Conselho Constitucional francês, criado pela Constituição de 1958, é composto por nove conselheiros, escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo como membros natos os ex-presidentes da República. Compete ao Conselho se manifestar previamente quanto à promulgação de determinada lei; o

⁹¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

⁹¹³ Como explica Barroso: “os atos dos poderes Executivo e Legislativo também estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, todavia os atos relevantes no âmbito do controle de constitucionalidade são aqueles emanados do Poder Legislativo, cuja produção normativa típica é a lei”. BARROSO, *ibidem*, p. 31.

⁹¹⁴ Para maiores esclarecimentos, ver Capítulo 5 desta tese.

⁹¹⁵ A presente tese critica a classificação que entende que os processos anômalos se caracterizam como mutações inconstitucionais. Sobre o tema, cf. Capítulo 5, tópico 4.

⁹¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 212.

controle é apenas preventivo, não tendo ele poder para declarar a inconstitucionalidade de diplomas legais já vigentes.⁹¹⁷

Todavia nada impede que existam no ordenamento jurídico instâncias políticas e judiciais para efetuar o controle de constitucionalidade. É o que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora caiba ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o controle de constitucionalidade, ele também é realizado pelos outros poderes, porém de forma preventiva, como ocorre com o veto presidencial por inconstitucionalidade ou mesmo a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça por inconstitucionalidade. Nesses casos, a mutação inconstitucional, para prevalecer, necessita passar incólume por vários órgãos de controle.

O controle judicial moderno teve a sua origem no direito norte-americano, no famoso caso *Marbury x Madison*,⁹¹⁸ julgado em 1803. Porém nos EUA o controle é realizado de forma difusa, incidental, à luz de um caso concreto, enquanto na Europa adotou-se, em regra, o controle abstrato ou concentrado. A técnica do controle de constitucionalidade apenas surgiu na Europa com a Constituição da Áustria, em 1920, influenciada pelos ensinamentos de Hans Kelsen. O modelo adotado foi o controle abstrato, realizado por um órgão específico, o Tribunal Constitucional, que, embora não integre o Poder Judiciário, tem atuação de natureza jurisdicional. Ambos os modelos se expandiram pelo mundo.

No caso do controle abstrato, o lapso temporal para se caracterizar uma mutação inconstitucional é mínimo, pois, em face do efeito *erga omnes*, a decisão prolatada passa a vincular o Executivo e o Judiciário, salvo o Tribunal Constitucional, imediatamente, a partir da sua publicação. Todavia, se o controle é realizado incidentalmente, ele, a princípio, só vale *inter partes*, logo o lapso de tempo a ser transcorrido para que aquela decisão se torne uma jurisprudência pacífica é maior. Somente a partir do momento em que a modificação informal produzida se estabiliza é que se estará diante de uma mutação inconstitucional. O mesmo raciocínio se aplica aos casos de extirpação das mutações inconstitucionais pelo controle de constitucionalidade; no abstrato o efeito é imediato, enquanto no concentrado o tempo é maior.

⁹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42-43.

⁹¹⁸ Antes do caso *Marbury x Madison*, a Suprema Corte já tinha realizado o controle de constitucionalidade de leis estaduais contrárias à Constituição norte-americana. Todavia foi no caso *Marbury x Madison* que a Suprema Corte analisou a constitucionalidade de uma lei federal em face da Constituição.

Uma grande discussão quanto ao controle de constitucionalidade é sobre a sua legitimidade democrática,⁹¹⁹ uma vez que, no controle judicial, o Poder Judiciário afasta normas elaboradas pelo Poder Legislativo, sendo que, este Poder é o legítimo representante do povo. O tema já foi muito discutido pela doutrina norte-americana, todavia, no Brasil, o assunto ficou por bastante tempo inerte, sendo que, atualmente, muitos doutrinadores brasileiros se voltaram para o tema, principalmente quando estudam o instituto nomeado de diálogo institucional.

Quanto aos efeitos do ato declarado inconstitucional, é certo que eles podem ser *ex nunc*, como defendia Hans Kelsen, logo o ato inconstitucional produzirá regulares efeitos até a decisão do órgão jurisdicional. Tal modelo é adotado na Alemanha. Podem, por outro lado, ser *ex tunc*, caso em que os efeitos da decisão retroagem até o surgimento do ato, ou seja, na prática, é como se o ato inconstitucional nunca tivesse existido. Esse modelo é adotado como regra no Brasil e Portugal. Também é possível que o Tribunal Constitucional module os efeitos do ato, nesse caso ele fixa um marco temporal qualquer, podendo ser, inclusive, *pro futuro*, logo o ato inconstitucional vigeará até aquele momento predeterminado pelo Tribunal. No caso de os efeitos serem modulados ou *ex nunc*, durante um determinado lapso temporal, o ato inconstitucional terá um valor positivo e produzirá efeitos como se constitucional fosse.

Uma vez que o controle de constitucionalidade permite a exclusão do ordenamento jurídico do ato inconstitucional, isso impede que esses atos produzam efeitos permanentes em determinado ordenamento jurídico, assim, evita-se a concretização de futuras mutações inconstitucionais.

Ficou evidenciado, pelo exposto até aqui que o problema da mutação inconstitucional persiste. O controle de constitucionalidade, embora instrumento eficiente para o afastamento da norma inconstitucional, não consegue, por si só, afastar as mutações inconstitucionais dos ordenamentos jurídicos. Pelo contrário, muitas mutações inconstitucionais surgiram justamente do controle de constitucionalidade.

Uma vez que o controle de constitucionalidade é também fonte de mutações inconstitucionais, um novo/velho problema persiste: é melhor uma mutação inconstitucional oriunda do parlamento ou do poder judiciário? É evidente que o

⁹¹⁹ Sobre o tema, cf.: BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; KURLAND, Philip B.; BLACK, Charles L. *The people and the court*. New York: Macmillan, 1960; BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. *Indiana Law Journal*, v. 47, p. 1, 1971; ACKERMAN, Bruce A. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, p. 713-746, 1985.

problema só tem a sua razão de existir quando o mundo ideal for algo inatingível, o melhor mesmo é que um determinado ordenamento não coexista com as mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais não deveriam ocorrer, da mesma forma que nenhum ato inconstitucional deveria prevalecer, pois os representantes do povo não têm autonomia para agir como bem pretendem. Mesmo quando exercem o poder constituinte derivado, eles devem observar os parâmetros fixados pelo poder constituinte originário.

Porém o cenário piora quando uma mutação inconstitucional ou mesmo um ato inconstitucional é originado do Poder Judiciário, pois, nesse caso, além do desrespeito à vontade popular descrita na Constituição, ainda há o problema da retificação do ato inconstitucional. Isso porque o STF é o guardião da Constituição, logo as suas decisões tendem a prevalecer no ordenamento jurídico. Montesquieu já afirmava que não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo⁹²⁰.

Além disso, o problema do déficit democrático ganha força não só pela exclusão do povo no processo decisório, mas também pelo fato de não ser possível que o mesmo povo interfira para que a situação inconstitucional não mais persista. Se uma lei inconstitucional é aprovada no Congresso Nacional, mesmo que essa lei não seja objeto de controle de constitucionalidade a posteriori, é possível que a sociedade civil mobilize os seus representantes para a aprovação de uma nova lei que revogue a primeira. Essa mobilização ganha força durante os processos eleitorais.

Todavia, caso o ato inconstitucional tenha como fonte uma decisão judicial, cujo efeito seja *erga omnes*, mesmo que as forças políticas dessa sociedade imaginária consigam aprovar uma nova lei em sentido contrário no Congresso, nada impede que a nova lei seja afastada, a fim de prevalecer a inconstitucionalidade inicial, por força da represtinação. Sem mencionar que o debate e a possibilidade de criar consensos são muito mais restritos na arena jurídica do que na política.

Dessa forma, percebe-se que a adoção pelo sistema do controle de constitucionalidade, por si só, não afasta as mutações inconstitucionais, já que, embora o instituto seja muito mais utilizado como remédio apto para afastar as normas inconstitucionais, quando mal utilizado, ele também é fonte de mutações inconstitucionais.

⁹²⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. O espírito das leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UNB, 1995, p. 131-153.

6.3.3 O diálogo institucional

Na visão mais clássica do instituto da separação dos poderes, cada Poder desencadeia, de forma isolada, a sua atribuição, sendo que, ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, compete dar a última palavra dentro de um circuito decisório.⁹²¹

O fato de uma Corte Constitucional dar a última palavra gera, e sempre gerou, questionamentos sobre a legitimidade democrática dessas decisões, uma vez que prevalece a opinião de um órgão composto por juízes não eleitos pelo povo, em face da decisão original do Parlamento, casa com maior legitimidade democrática, já que a sua composição é escolhida por todos os cidadãos.

As polêmicas sobre o tema estão longe de ser pacificadas; pelo contrário, os defensores do constitucionalismo sustentam que é impossível existir democracia sem que haja limites ao exercício da soberania. Assim, o entrincheiramento de direitos e garantias fundamentais são vitais para o processo democrático, pois, sem estes, o próprio ideal democrático é afastado.

Todavia os defensores do ideal democrático aduzem justamente o contrário, sustentam que a salvaguarda de direitos ditos fundamentais e a impossibilidade de discussão desses direitos pelas gerações futuras fere o princípio da soberania popular, pois delega todas as decisões a respeito desses temas a uma única instituição da qual o povo não participa, o que fere o conceito de democracia.

O constitucionalismo defende a ideia de limites ao exercício do poder político, sobretudo à atuação legislativa.⁹²² O fundamento dessa limitação repousa, entre

⁹²¹ É importante salientar que, no Brasil, a Constituição de 1937 contemplava a possibilidade de o Poder Legislativo invalidar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, as Propostas de Emenda Constitucional (PEC's) 03/2011 e 33/2013 tratam da possibilidade de o Poder Legislativo rever decisões tomadas pelo Poder Judiciário. Além disso, o art. 68 da Constituição de 1934 e o art. 94 da Constituição de 1937 vedavam a análise de questões exclusivamente políticas pelo Poder Judiciário. PEREIRA, Fabrício. Diálogos institucionais e sociais. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16962&revista_caderno=9>. Acesso em: 1 fev. 2017.

⁹²² Nesse sentido, cf.: “O poder coercitivo do Estado é restringido”. GORDON, Scott. *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1999, p. 5; “Um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo”. SAJÓ, András. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999, p. 14; “Um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem o poder para anular ou comprometer”. DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and democracy*. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 2. Sobre a evolução histórica do constitucionalismo, cf.: MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. *Costituzione: storia di un concetto dall'Antichità a oggi*.

outras,⁹²³ na teoria do pré-compromisso, segundo a qual “as limitações constitucionais são restrições autoimpostas e, por essa razão, não há comprometimento do elemento volitivo que confere legitimidade à retirada de alguns temas do debate político”.⁹²⁴

A teoria do pré-compromisso não é nova, sendo que o seu objetivo é superar o óbice descrito nas cartas trocadas por Thomas Jefferson e James Madison, entre 1789 e 1790, segundo o qual uma geração não poderia restringir o direito das gerações futuras, pois a terra pertence aos que estão vivos.

A teoria do pré-compromisso foi fortalecida por Hayek, que via a Constituição como um apelo do “povo bêbado ao povo sóbrio”,⁹²⁵ e pela utilização do mito de Ulysses, especificamente no momento em que ele ordena aos seus subordinados que o amarrarem ao mastro do navio, a fim de ouvir o canto das sereias.⁹²⁶ Assim, nessa linha de raciocínio, as restrições são feitas pelo próprio povo sobre si mesmo, logo não haveria, no caso, déficit democrático. De toda forma, é fácil perceber que o constitucionalismo reforça o caráter restritivo da Constituição, em termos de autolimitação, todavia ele defende que essas autorrestrições não são antidemocráticas, ao contrário, elas são o alicerce que garantem a existência da democracia.⁹²⁷

Ronald Dworkin complementa essas explicações e subdivide o tema em políticas públicas e defesa dos direitos fundamentais. A defesa dos direitos fundamentais compete às Cortes Constitucionais. Aqui se estaria lidando com o “fórum

Edizione italiana a cura di Mario Ascheri e Simona Rossi. Roma: Carocci Editore, 2008; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001; McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

⁹²³ Outra teoria que tenta justificar a legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular é a teoria da democracia dualista de Bruce Ackerman. Nessa vertente, o processo político pode ser compreendido de duas formas: 1) a partir da política constitucional, que ocorre nos momentos em que o povo é chamado para decidir questões políticas fundamentais e; 2) a partir da política normal, que é aquela realizada ordinariamente pelo Congresso. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundation*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 1991. Outra teoria é o autopaternalismo constitucional de Holmes: “pessoas podem voluntariamente renunciar a sua capacidade de escolha (em algumas matérias) a fim de realizar sua vontade (em outras matérias)”. HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 236.

⁹²⁴ CONSANI, Cristina Foroni. *A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/35730/22971>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁹²⁵ HAYEK, Friedrich A. *The constitution of liberty: the definitive edition*. Edited by Ronald Hamowy. Chicago: Chicago University Press, 2011, p. 268.

⁹²⁶ A Odisseia tem sido utilizada para justificar a teoria do pré-compromisso por autores como ELSTER, Jon. *Ulises y las Sirenas: estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*. Traducción de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 50 *et seq.* e HOLMES, *op.cit.*, p. 195-240.

⁹²⁷ A controvérsia foi assim sintetizada por Holmes: “A Constituição é Pedro sóbrio enquanto o eleitorado é Pedro bêbado. Cidadãos precisam de uma Constituição assim como Ulisses precisava ser atado ao seu mastro. Se fosse permitido aos eleitores conseguir aquilo que desejam, eles inevitavelmente naufragariam. Ao vincular a si mesmos a normas rígidas, eles evitam tropeçar em seus próprios pés”. *Ibidem*, p. 196.

dos princípios”. Por outro lado, ao se tratar da definição de políticas públicas pelo parlamento, lidar-se-ia com o “fórum da utilidade”.

Dworkin defende que a democracia não se restringe apenas à decisão da maioria, mas que ela possui componentes morais substantivos que necessitam ser atendidos por meio da “resposta certa” sobre direitos fundamentais.⁹²⁸ As respostas certas apenas são atingidas se for observado o ideal da “igual consideração e respeito”, que ajuda a efetivar a filiação moral de cada pessoa à comunidade política. Sem esses requisitos mínimos, não há democracia, mas apenas processo majoritário, destituído de qualquer valor, uma vez que quaisquer decisões elaboradas com a observação exclusiva da opinião da maioria, sem a adoção de valores morais que façam com que os indivíduos se sintam membros de uma comunidade, não satisfariam o padrão minimamente desejável.⁹²⁹

A democracia não se restringe a questões relativas ao bem-estar geral (questões de política), mas, necessariamente, deve respeitar direitos individuais (questões de princípios). As questões de política se legitimam pelo critério de “quem” e “como” decide, concretizado por meio de um Parlamento representativo que observe a regra “um homem, um voto”. As questões individuais legitimam apenas pelo seu conteúdo, pela resposta certa, independentemente de quem decida, logo a falta de representatividade popular não é um óbice, uma vez que a legitimidade popular apenas interessa nas questões políticas.⁹³⁰

Em sentido oposto, Jeremy Waldron defende uma nova leitura do significado de Constituição. O constitucionalismo define uma Constituição erigida sobre três patamares: controlar, restringir e limitar.

Para Waldron, o sentido que o constitucionalismo atribui ao termo “controlar” não está correto, pois, para ele, o controlar tem um papel mais positivo do que negativo ou restritivo. O controle deve ser visto no sentido de direção a ser seguida ao invés de, necessariamente, restrição de uma gama de escolhas possíveis. “Se eu

⁹²⁸ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, Apr. 1995, p. 42.

⁹²⁹ Sobre o tema, cf.: DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1999. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: The theory and practice of equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2002. DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: We the People in Court!. *Alberta Law Review*, v. 28, p. 346, 1989.

⁹³⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese. (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >. Acesso em: 16 ago. 2016, p. 7.

controlo um veículo, eu determino não somente aonde ele não vai, mas também aonde ele vai”.⁹³¹ Por isso Waldron convida à reflexão a respeito de quem é o motorista, pois, numa democracia, é natural que esse lugar seja ocupado pelo povo. Dessa forma, uma Constituição deve garantir os mecanismos que permitam que a vontade popular seja efetivada por meio das instituições existentes,⁹³² logo o controlar é visto num sentido positivo.

Diferentemente, o termo “restrição”, na visão de Waldron, apresenta um sentido negativo. Esse termo visa impedir que o Estado adote posições previamente vedadas no texto constitucional. Essas normas possuem apenas um sentido proibitivo, que são as garantias individuais, como a proibição da tortura, vedando determinado comportamento pelo Estado. A limitação também é restritiva, porém difere da restrição na sua forma de atuação, pois, enquanto uma impede que determinada ação seja realizada pelo Estado, a outra afasta determinada atribuição do leque de competências de determinado ente (proibição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos fundamentais).

Waldron recusa ainda a teoria do pré-compromisso consagrada na ideia de Ulysses amarrado no mastro do navio, por entender que o pré-compromisso individual não se equipara ao pré-compromisso coletivo, tendo em vista que, em uma sociedade, mesmo em momentos de lucidez, não há consenso entre a ponderação de direitos e valores, logo não se trata de uma futura embriaguez ou encantamento pelo canto da sereia, mas sim de total desacordo em relação determinado tema. Se há desacordo quanto a temas morais numa sociedade, não se pode retirar dos cidadãos a possibilidade de emitir o seu juízo moral num procedimento majoritário. Uma vez que não há hierarquia entre cidadãos, eles decidem em igualdade de condições. O exemplo utilizado é a defesa ou a criminalização do aborto por grupos diversos: um grupo o defende como se fosse uma verdade absoluta o direito à vida do feto, enquanto outro defende, com a mesma tenacidade, o direito de escolha da mulher.⁹³³ O mesmo pode ser dito sobre a criminalização da prostituição ou sobre outros problemas complexos. É importante esclarecer que os constitucionalistas não desconhecem a falta de consenso, a diferença entre eles está no enfoque. Enquanto Waldron vê o desacordo como algo que

⁹³¹ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John (Orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 271.

⁹³² *Ibidem*, p. 271.

⁹³³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 223.

inviabiliza o pré-compromisso, Holmes defende que é justamente o desacordo que faz com que determinado tema seja retirado do embate político,⁹³⁴ por meio de limitações descritas na própria Constituição.

Por meio desse raciocínio, Waldron afasta a legitimidade do entrenchamento de direitos, não permitindo, assim, a retirada deles do debate político. O problema central passa a ser não mais quem irá interpretar a Constituição, mas sim quem irá decidir nos casos em que há direitos em desacordo. Waldron defende que, numa democracia, quem decide é o povo ou os seus representantes, por meio da decisão majoritária.⁹³⁵

O problema acima descrito adentra um problema de lógica binária, pois os que defendem que a última palavra é do Poder Judiciário são alvo das críticas de Waldron e os que defendem que a palavra final pertence ao Parlamento sofrem as críticas dos constitucionalistas. Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em matérias relativas a conflitos entre direitos fundamentais vão muito além de um mero impasse sobre qual instituição é mais apta, Parlamento ou Corte Constitucional. O tema, na verdade, é um embate ideológico sobre qual regime deve prevalecer, a democracia ou o constitucionalismo.⁹³⁶

São duas as opções possíveis, todavia o presente trabalho não pretende discutir o melhor modelo, mas sim demonstrar que, mesmo no modelo brasileiro e português, que adotaram o controle de constitucionalidade, a questão não se resolve apenas com a assertiva de que o guardião da Constituição é a Corte Constitucional, logo é ela que sempre dará a última resposta.

Num sistema de Constituição escrita que prevê o controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional, não há dúvidas de que os debates políticos são decididos pelo Poder Judiciário, uma vez que este exerce o papel de guardião da Constituição. A questão que emerge é se, depois de exercido o controle pelo Guardião da Constituição, o circuito decisório teria um ponto final.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 239.

⁹³⁵ WALDRON, Jeremy. The Core the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

⁹³⁶ Frank Michelman esclarece que “*democracy*’ appears to mean something like this: popular political self-government – the people of a country deciding for themselves the content [...] of the laws that organize and regulate their political association. ‘Constitutionalism’ appears to mean something like this: the containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution – ‘a law lawmaking’, we shall sometimes call it – designed to control wick further laws can be made, by whom, and by what procedures”. MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 5.

Conrado Hübner Mendes tenta vencer essa situação, afirmando que ambos os cenários não estão completos, são apenas visões parciais de um sistema mais complexo. A solução para o impasse estaria na adoção da teoria do diálogo institucional.⁹³⁷ Esse diálogo seria uma nova forma de enxergar a teoria da separação dos poderes, tornando-a mais dinâmica e menos estanque.

A teoria do diálogo institucional ganhou forças no final do século passado, por teóricos estadunidenses e canadenses que defendiam um novo modelo de proteção de direitos constitucionais, em substituição ao modelo clássico do *judicial review*. A ideia é desfocar a discussão sobre qual poder é o responsável pela interpretação da Constituição, em busca de uma proposta cooperativa na qual as instituições passem a conversar de forma a concretizar, democraticamente, o ordenamento jurídico, por meio de um sistema cooperativo e progressivo, privilegiando o compartilhamento decisório, ao invés de comportamentos isolacionistas.⁹³⁸

A institucionalização do diálogo institucional em um determinado ordenamento jurídico ocorreu por meio da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, no Canadá, em face da introdução da cláusula denominada de “não obstante”.⁹³⁹ O Canadá apresentava o *common law* como estrutura jurídica até metade do século XX, todavia esse modelo foi perdendo força, sendo que, em 1982, promulgou-se a Carta de Direitos e Liberdades. A mencionada Carta visava, entre outras coisas, instituir um nível de controle de constitucionalidade, sem que essa prática implicasse a supremacia do judiciário sobre as decisões do parlamento, razão pela qual o art. 33 da mencionada

⁹³⁷ A teoria do diálogo institucional vem ganhando força no cenário internacional e nacional. Sobre o tema, cf.: HOGG, Peter W.; BUSSELL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997; GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 ago. 2016; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹³⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 ago. 2016, p. 9.

⁹³⁹ LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 10, n. 3, p. 90-111, 2015.

Carta⁹⁴⁰ autoriza o Parlamento canadense e a legislatura provincial a reeditar uma lei declarada inconstitucional, *overriding*. Caso o Parlamento pretendesse que essa norma vigesse por período superior, deveria aprová-la sob a cláusula do *notwithstanding*.

A cláusula do *notwithstanding* possibilita que o Parlamento aprove uma lei, ainda que contrária aos direitos consagrados na Carta, mesmo que a lei já tenha sido declarada inconstitucional pela Corte Constitucional. Essa cláusula afasta a legitimidade da justiça para efetuar o controle de constitucionalidade daquela lei. A mencionada cláusula pode ser usada de forma preventiva ou repressiva. O Tribunal poderá recorrer à via interpretativa, mas caberá ao Congresso dizer a última palavra.⁹⁴¹

Ocorre que, no modelo de controle de constitucionalidade fraco (Reino Unido) e médio⁹⁴² (Canadá), a última palavra pertence ao Congresso, todavia, no controle de constitucionalidade forte (EUA), a última palavra pertence ao Judiciário. A teoria do diálogo institucional defende que essa competição não deve ser incentivada, a importância não está em quem dá a última palavra, mas na forma como essa palavra é construída. Assim, o diálogo institucional defende um colóquio permanente e construtivo entre os poderes a fim de solucionar problemas coletivos.

Sob esse novo paradigma, é possível falar em rede de reciprocidade costurada entre os três poderes, a fim de possibilitar um procedimento democrático de decisão coletiva, reduzindo, assim, possíveis tensões entre eles, aperfeiçoando a tomada de decisão e tornando-a mais democrática.⁹⁴³

⁹⁴⁰ Constituição do Canadá.

“Art. 33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta. (2) A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração. (3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração. (4) O Parlamento ou a legislatura provincial poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo (1). (5) O parágrafo (3) será válido para todas as promulgações repetidas adotadas ao abrigo do parágrafo (4).”

⁹⁴¹ FARIA, Maristela Medina. *Análise do controle de constitucionalidade do Canadá, Estados Unidos da América e França*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/35379-an-lise-do-controle-de-constitucionalidade-do-canad-estados-unidos-da-am-rica-e-fran-a>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁹⁴² Waldron propõe uma classificação de sistemas de judicial review em forte, médio e fraco. Os EUA e alguns países da Europa teriam um sistema forte de judicial review, em contraposição ao Reino Unido e à Nova Zelândia, que teriam um sistema fraco. O Canadá é classificado como um sistema médio porque a cláusula “não obstante” impõe um ônus ao legislador. Cf. WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York: University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 14-57, Nov. 2014, p. 9-10.

⁹⁴³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002. No mesmo sentido, DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

6.3.4 O diálogo sem última palavra

Conrado Hübner Mendes tenta aproximar o Parlamento das Cortes Constitucionais por meio de uma possível interação dialógica entre os poderes, a fim de superar o impasse da última palavra. Nessa linha de raciocínio, tenta-se superar a decisão da Corte como o fim da linha.⁹⁴⁴ O objetivo desse autor é apenas analisar o diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, não adentrando o campo do Poder Executivo, embora ele reconheça que uma abordagem integral da separação de poderes nessa perspectiva demandaria a análise de como o Poder Executivo dialoga com os demais poderes.

Louis Fisher demonstra que a última palavra não pertence à Corte, uma vez que o processo constitucional é um fluxo contínuo que, mesmo após a decisão da Corte, permanece a intrigar e a instigar todas as instituições, enquanto o tema continuar controverso. A decisão judicial é apenas o fim de um estágio, mas nada impede que novos estágios políticos se abram e a questão seja novamente rediscutida por diferentes interlocutores.⁹⁴⁵ “A interpretação constitucional, nesse sentido, é um processo circular que só termina ou se estabiliza quando alcança um mínimo acordo, ainda que com prazo de validade.”⁹⁴⁶

Um dos principais papéis de toda Corte Constitucional é o fato de ela exercer o papel contramajoritário, evitando que maiorias eventuais oprimam os direitos fundamentais das minorias. Dahl sustenta que o Tribunal não consegue ser contramajoritário por muito tempo, a não ser que as maiorias sejam momentâneas e fracas.⁹⁴⁷ No máximo, as Cortes atrasam os processos modificativos a serem

⁹⁴⁴ É bem verdade que as recentes Cartas Constitucionais do *Commonwealth* oferecem ao Poder Legislativo poder formal amplo para não só se imiscuir, mas também substituir as decisões judiciais, em um modelo novo e distinto de controle judicial, em que os tribunais têm ampla autoridade para interpretar as disposições constitucionais de direitos, mas legislaturas nacionais podem superar interpretações dos tribunais constitucionais pelo voto por maioria simples. A título de exemplo têm-se: a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; o *Bill of Rights* da Nova Zelândia de 1990; o *Human Rights Acts* do Reino Unido de 1998; as duas cartas da Austrália, o *Human Rights Acts* de 2004 e a Carta Vitoriana de Direitos e Responsabilidades de 2006.

⁹⁴⁵ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2014, p. 273-275.

⁹⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >. Acesso em: 16 ago. 2016, p. 126.

⁹⁴⁷ “It is to be expected, then, that the Court is least likely to be successful in blocking a determined and persistent lawmaking majority policy and most likely to succeed against a weak majority”. Dahl, R. A.

implementadas pela maioria. Logo, se essa assertiva for verdadeira, a teoria do diálogo sai reforçada, pois nenhum dos dois poderes estaria apto a dar a última palavra, em um momento específico.

A teoria do diálogo nasce de uma interação entre a separação dos poderes e a teoria da decisão, de forma que a decisão judicial interaja com o Legislativo. Dessa forma, uma instituição responde a outra. É claro que essa interação não é simultânea, ao contrário, normalmente transcorre um lapso temporal tão significativo que esse diálogo acaba não sendo percebido pela sociedade.

O diálogo acontece na seara de todos os poderes. O Poder Executivo dialoga, por exemplo, com o Legislativo nas indicações para determinados cargos públicos que necessitam ser ratificados pelo Senado. Na prática, é comum o Executivo “vazar” via imprensa os nomes dos possíveis candidatos a fim de que o Senado se manifeste, informalmente, sobre a sua resistência a determinado nome. Isso traz uma falsa sensação para a sociedade de que o Senado é um mero “chancelador” de nomes do Executivo. Todavia é exatamente o diálogo informal entre os poderes e não a imposição de um determinado nome pelo Executivo que possibilita a ausência de impasses após a efetiva nomeação.

6.3.5 Críticas à doutrina do diálogo

A grande fragilidade da doutrina do diálogo institucional é a falta de percepção ou mesmo de comprovação de que haja efetivamente um diálogo entre instituições ou se, na prática, cada Poder atua de forma isolada, sem se preocupar em realmente ouvir o outro.

O diálogo se caracteriza pelo falar e ouvir, logo exige interação. Pode até ser que os poderes estejam dispostos a falar, mas será que realmente estão interessados em ouvir? Ou na prática terminam por efetivar um diálogo de surdos, pois não estão realmente preocupados com o que o outro está dizendo, mas apenas em fazer com que os seus argumentos prevaleçam? O fundamento último do diálogo é obrigar que as decisões contrárias às manifestações de outro Poder sejam proferidas com um ônus argumentativo maior, possibilitando um ganho democrático e um real amadurecimento

(1957). *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. *J. Pub. L.*, 1959, p. 284.

do assunto discutido, fazendo com que haja mais reflexão sobre os temas polêmicos por toda a sociedade, mas, principalmente, pelas instituições de poder envolvidas.

Um exemplo relativamente recente pode auxiliar o debate sobre o tema. O STF, por oito votos a três, concluiu que o financiamento de campanha eleitoral por empresas é inconstitucional e proibiu a doação de empresas a candidatos e partidos políticos, sob o argumento de que o poder econômico desequilibra a disputa eleitoral. Porém o fato é que o Congresso aprovou uma minirreforma eleitoral, sendo que um dos artigos dessa Lei contemplava o financiamento empresarial das campanhas. É fato que a possibilidade de doação empresarial terminou por ser vetada pela Presidência da República. Porém a questão que se levanta é: na aprovação do projeto de lei houve algum implemento do ônus argumentativo nesse diálogo? O Congresso Nacional efetivamente desconstruiu a tese levantada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o desequilíbrio do poder econômico por meio de argumentos e contra-argumentos ou simplesmente reagiu à decisão pelo simples fato de ela ser contrária aos seus interesses? Nesse sentido, a expressão diálogo nada mais seria do que um mero eufemismo⁹⁴⁸.

De toda forma, o foco deste trabalho não é a terminologia correta do instituto designado como diálogo institucional, muito menos a análise da sua real efetividade no âmbito do amadurecimento da decisão ou mesmo a implementação ou não de um ônus argumentativo, mas sim demonstrar que um poder interage com outro e essa interação, naturalmente, gera conflitos.

Todavia, apesar dos possíveis conflitos gerados, o fato é que, se um poder conversa com outro, a ponto de os argumentos de um serem, de alguma forma, considerados pelo outro, desse diálogo podem surgir óbices às mutações inconstitucionais realizadas por um dos poderes. Nesse caso, o diálogo institucional pode acarretar o retorno ao *status quo* anterior à mutação inconstitucional, afastando, assim, a respectiva modificação informal do ordenamento jurídico ou, ainda, por meio do diálogo, um Poder pode se desencorajar a perpetrar determinada alteração informal,

⁹⁴⁸ “O ‘diálogo’ seria um termo inadequado para caracterizar a interação, uma visão cor-de-rosa e distorcida que esconderia a dimensão do conflito entre os poderes. Conforme tal crítica, os poderes não estariam conversando, ou respeitosamente dialogando, mas brigando, disputando espaços etc. Eu acho que essa objeção é plausível, mas meramente terminológica. Talvez a palavra diálogo não seja, mesmo, a melhor. Acredito que ela conserve, porém, um ideal normativo interessante, que destaca a relevância de que os poderes levem os respectivos argumentos a sério, de que tentem se engajar num tipo de comunicação que não se confunda com uma mera disputa adversária, ou com uma conversa de surdos, na qual somente falam, mas não escutam”. MENDES, Conrado Hübner. *O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acesso em: 23 ago. 2016.

tendo em vista a resistência argumentativa advinda de outro Poder. É claro que essa aceitação pode também ser operada em vista do receito de determinado Poder conflitar com outro.

6.3.6 O conflito entre poderes

No conflito entre poderes está outro limite à mutação constitucional. É bem verdade que o controle de constitucionalidade, por si só, já é um conflito entre o Poder Executivo e/ou Legislativo, em regra, versus o Poder Judiciário, pois este afasta atos aprovados pelos outros dois. Todavia, o foco, neste momento, é muito mais o caminho inverso, o conflito entre os poderes Legislativo e Executivo em face do Poder Judiciário. Nesse viés, o conflito é visto muito mais como um mecanismo de contenção das mutações inconstitucionais oriundas do Poder Judiciário. É importante salientar que o conflito entre poderes políticos é presenciado “mesmo em Estados que optam pelo regime de colaboração entre poderes”⁹⁴⁹, ou seja, mesmo nos Estados parlamentaristas ou semi-presidencialistas.

Uma tentativa do Poder Legislativo de conter o Poder Judiciário foi a PEC 33/11, por causa do aumento crescente do ativismo judicial, principalmente na seara do controle de políticas públicas, no aumento de expedição de súmulas vinculantes cuja matéria pertenceria ao Poder Legislativo⁹⁵⁰ e pelo aumento do número de leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que algumas dessas leis eram sobre temas sensíveis ao Poder Legislativo. Este Poder, sentindo-se acuado pelo Poder Judiciário, deu publicidade à PEC 33/2011, que visava alterar os parâmetros do controle de constitucionalidade, aumentando o quórum de seis para nove votos dos ministros do STF para que uma lei fosse declarada inconstitucional e submetendo a decisão de controle à aprovação do Congresso Nacional nos casos em que o controle incidisse sobre uma emenda à Constituição. A proposta condicionava, ainda, o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação do Poder Legislativo.

A PEC 33/2011 foi arquivada em 31/01/2015, mas serviu, momentaneamente, de mensagem enviada ao Poder Judiciário. A PEC foi muito mais

⁹⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

⁹⁵⁰ De forma a exemplificar, pode-se citar a Súmula Vinculante 13 do STF, que inovou na ordem jurídica brasileira ao regulamentar o grau de parentesco que caracteriza o nepotismo.

um mecanismo para informar que a postura do Poder Judiciário estava incomodando o Poder Legislativo e que, se essa postura continuasse, poderia haver um conflito entre os poderes.

O conflito entre poderes é algo comum e serve de freio às mutações constitucionais e inconstitucionais. Na verdade, serve de mecanismo de contenção para qualquer alteração efetuada no ordenamento jurídico, seja ela formal ou informal.

Até 9 de junho de 2005 prevalecia na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a tese de que a prescrição para repetição de indébito dos tributos, sujeitos a lançamento por homologação, era de 10 anos. Vigia a famosa tese dos “cinco mais cinco”.

O art. 168 do Código Tributário Nacional dispõe que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido.

Da mesma forma, o art. 150, § 4º⁹⁵¹ determina que o prazo de homologação, para os tributos constituídos por meio de autolancamento é de cinco anos a contar do fato gerador.

Todavia o STJ, ao interpretar o art. 168 do CTN que regula o prazo prescricional para a restituição de tributos pagos de forma indevida, entendeu que, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, tal extinção ocorreria com a homologação do pagamento, o que ocorria cinco anos após o fato gerado. Assim, somente depois de transcorridos cinco anos é que se iniciaria a contagem do prazo prescricional de cinco anos da repetição de indébito. Dessa forma, o prazo de cinco anos

⁹⁵¹ Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

transformou-se em dez anos, pois apenas se iniciava o transcurso do prazo prescricional, após ter transcorrido o prazo quinquenal para homologação tácita.⁹⁵²

Ocorre que, a partir de 9 de junho de 2005, começou a vigor a Lei Complementar 118/2005, que interpretou, autenticamente, o art. 168, inciso I do CTN⁹⁵³, determinando que a extinção do crédito tributário, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado. Dessa forma, a lei alterou a jurisprudência pacífica do STJ.

É claro que o exemplo não se refere à mutação constitucional, mas sim a uma alteração informal, realizada pela jurisprudência, que tinha ampliado o prazo prescricional na prática para 10 anos, contrariando expressamente o texto descrito no CTN, que falava – como ainda fala – em cinco anos. Porém essa alteração informal foi freada pelos poderes Legislativo e Executivo, pela via formal, com a elaboração da Lei Complementar 118/2005, que não alterou a norma, mas sim dispôs a forma como o dispositivo deveria ser interpretado.

A partir da Lei Complementar 118/2005, a jurisprudência do STJ se curvou à vontade do Legislativo, e o prazo prescricional para repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação passou a ser de cinco anos do pagamento antecipado, não mais prevalecendo a tese dos cinco mais cinco.

Esse exemplo demonstra que os poderes se confrontam, sendo que, desse confronto, podem surgir limitações às alterações informais, pois, caso um Poder não concorde com determinada alteração, ele pode reagir, dentro da sua esfera de competência, para tentar forçar que o seu entendimento prevaleça.

A cassação de mandatos de parlamentares condenados em decisão definitiva pelo STF, em face da competência do Congresso Nacional e suas casas legislativas, é outro bom exemplo de conflito entre o Poder Judiciário e o Legislativo. O tema aflorou a partir da Ação Penal 470/MG (denominada de Mensalão).

⁹⁵² O Ministro João Otávio de Noronha do Superior Tribunal de Justiça explica que: “para a pretensão contida na ação de repetição de indébito de tributo sujeito a homologação, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a tese dos “cinco mais cinco”, ou seja, o prazo prescricional é de cinco anos contados da homologação, a qual, se tácita, ocorre depois de transcorridos cinco anos do fato gerador.” (EREsp 998.678/RS, DJe 26/06/2013).

⁹⁵³ Código Tributário Nacional.

Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Fato é que a Constituição de 1988 veda a cassação de direitos políticos, mas admite que sejam eles perdidos ou suspensos em algumas poucas hipóteses, dentre elas estão: (i) a suspensão dos direitos políticos; e (ii) a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.⁹⁵⁴

Ocorre que existe um conflito entre as disposições constitucionais, uma vez que, nos casos de suspensão dos direitos políticos, “a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva”.⁹⁵⁵ Todavia, já nos casos de condenação criminal transitada em julgado, “a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal”.⁹⁵⁶ Como explica José Levi Mello do Amaral Júnior:

Dito de outro modo: (i) no geral dos casos, em se tratando de suspensão dos direitos políticos, a perda do mandato é automática e será apenas declarada pela Mesa da Casa respectiva; (ii) porém, no caso de condenação criminal transitada em julgado — não obstante dela decorra suspensão dos direitos políticos — a perda do mandato fica sujeita a uma decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.⁹⁵⁷

Os Ministros do STF, nas primeiras manifestações orais, entenderam que a cassação deveria ser imediata. Todavia, o Presidente do Congresso Nacional, à época, manifestou-se em sentido contrário, defendendo que a cassação era matéria de competência exclusiva do próprio Parlamento.⁹⁵⁸

O julgamento da Ação Penal nº 470/MG serviu para que o problema fosse destacado. Porém, a decisão com o quórum apertado (5x4) a favor da cassação imediata do mandato e as inúmeras divergências de opiniões dos Ministros, apenas demonstraram que o tema realmente era, e ainda é, polêmico.⁹⁵⁹

⁹⁵⁴ Constituição brasileira de 1988, art. 55, incisos IV e VI.

⁹⁵⁵ Constituição brasileira de 1988, art. 55, § 3º.

⁹⁵⁶ Constituição brasileira de 1988, art. 55, § 2º.

⁹⁵⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 9-14, 2015.

⁹⁵⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

⁹⁵⁹ José Levi Mello do Amaral Júnior sintetiza bem as divergências de opiniões dos Ministros durante o julgamento da Ação Penal n. 470/MG. O ministro Joaquim Barbosa, relator, “sustentou que a previsão constitucional acerca de decisão da Câmara ou do Senado sobre perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente “justifica-se (...) nas hipóteses em que a sentença condenatória não tenha decretado a perda do mandato pelo parlamentar, seja por não estarem presentes os requisitos legais para tanto (...), seja por ter sido proferida antes da expedição do diploma”. Para ele, “o procedimento

O STF, ao interpretar os dispositivos constitucionais que regulam a matéria, entendeu que caberia ao Congresso, nesses casos, apenas formalizar a declaração de perda do mandato, uma vez que essa perda era decorrente da ação penal condenatória, que tem como um dos efeitos a perda dos direitos políticos.

Para fundamentar esse raciocínio, o STF embasou-se em dois artigos da Constituição. O primeiro é o já mencionado art. 55, inciso IV, que determina a cassação do mandato de deputado ou de senador, nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos e o art. 14, cumulado com os seus dois parágrafos, sendo que o § 1º dispõe que o voto e o alistamento são obrigatórios e o § 3º determina que são condições de elegibilidade o pleno exercício dos direitos políticos. Anna Cândida da Cunha Ferraz concorda com essa decisão do STF e questiona:

Apenas para supor: como poderá um parlamentar, condenado, criminalmente à perda dos direitos políticos, votar em eleição municipal, voto que é

estabelecido no art. 55 da Constituição da República disciplina as hipóteses em que, *por um juízo político*, pode ser decretada a perda de mandato eletivo parlamentar. (...) Situação inteiramente diversa, porém, é aquela que envolve a decretação da perda do mandato eletivo pelo Poder Judiciário, que pode atingir não apenas o parlamentar eleito como qualquer outro mandatário político, seguindo normas específicas de direito penal e processual penal. (...) Condenado o Deputado ou Senador, no curso de seu mandato, pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, inexistente espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pelo Legislativo, pois a suspensão de direitos políticos, com a subsequente perda de mandato eletivo, é efeito irreversível da sentença condenatória (...).

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski, funcionando como revisor, abriu divergência. Para ele, “a condenação criminal (...) configura apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para a perda dos respectivos mandatos, a qual depende da instauração do competente processo na Câmara, que não pode deixar de fazê-lo, se devidamente provocada”. A ministra Rosa Weber, ao acompanhar a divergência, argumentou que “o juiz competente para julgar sobre o exercício do poder político, do poder de representação, em uma democracia, é o povo soberano, que o faz diretamente (caso de democracias cujas Constituições preveem o instituto do recall) ou por meio de seus representantes (caso da hipótese prevista no art. 55, VI e § 2º, da Constituição brasileira)”. Para ela, “o mandato se reveste, durante o período para o qual constituído, da qualidade da intangibilidade, somente podendo ser afetado nas hipóteses e segundo os procedimentos expressamente previstos pela Constituição”. O ministro Gilmar Mendes buscou harmonizar as diversas disposições constitucionais pertinentes. Sustentou que a condenação de parlamentar por crimes contra a Administração Pública — crimes esses que dificilmente deixam de ser considerados atos de improbidade administrativa (e improbidade administrativa também é causa de perda ou suspensão de direitos políticos^[5]) —, em que o próprio juiz assenta a perda do mandato, impõe-se à Casa parlamentar competente a mera declaração da perda do mandato parlamentar. O ministro Marco Aurélio afirmou considerar automáticos os efeitos do art. 15, III, da Constituição brasileira de 1988. Também defendeu que o parágrafo 2º artigo 55 da Constituição brasileira de 1988 “é reservado a situações concretas em que não se tem, como consequência da condenação, a perda do mandato”. Enfim, o ministro Celso de Mello disse concordar com a distinção feita pelo ministro Gilmar Mendes, qual seja, remanescem na esfera das Casas legislativas os casos em que o crime pelo qual foi condenado o parlamentar não contém, como elemento típico do tipo penal, ato de improbidade administrativa. Enfatizou a prevalência de decisão transitada em julgado, que guarda relação com a concepção mesma de Estado Democrático de Direito. Destacou que a Constituição brasileira de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas constitucionais. Encerrou afirmando que “a insubordinação legislativa ou executiva ao comando emergente de uma decisão judicial revela-se comportamento intolerável, inaceitável e incompreensível”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 9-14, 2015.

obrigatório? Obviamente não poderá votar, ficando em débito com a Justiça Eleitoral. Situação, portanto absolutamente esdrúxula, há de se convir, e que não se afina com a vontade de uma Constituição democrática

....

Em suma, a única interpretação possível e harmonizadora, entende-se, é a que decorre da conexão dos dispositivos contidos no art. 14 e no inciso IV, do art. 55: a perda do mandato, nesses casos é automática, porque a perda dos direitos políticos já foi decretada.⁹⁶⁰

O problema dessa interpretação é conciliá-la com o que expressamente dispõe § 2º, do art. 55 da CR/88, que ao regulamentar o procedimento de suspensão ou perda do mandato dos parlamentares, em face das ações penais condenatórias transitadas em julgado, determina que “a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.⁹⁶¹ É clara a contradição. Como conciliar a interpretação de que nos casos menos graves a perda do mandato é imediata, bastando que a respectiva casa apenas formalize a perda do mandato e, no caso mais grave, em que há condenação com trânsito em julgado, seja observado o rito descrito no §2º, do art. 55, imputando a decisão ao Poder Legislativo?

Por essa razão, Anna Cândida da Cunha Ferraz defende que seja aplicado o procedimento previsto para inciso IV, do art. 55 da CR/88 para o inciso VI do mesmo artigo. Logo, o parlamentar, nos casos de decisão judicial penal condenatória com trânsito em julgado, perderia, necessariamente, “em consequência desta, seus direitos políticos”⁹⁶², logo, o mandato político seria automaticamente cassado. Assim, a partir da publicação da decisão condenatória, a decisão prolatada já produziria, por si só, os efeitos necessários para a cassação do mandato, não competindo mais ao Congresso o exame sobre se cassa ou não o mandato parlamentar em questão, transformando em letra morta o dispositivo que lhe reservava a competência exclusiva para essa análise.

O grande problema dessa linha de raciocínio é se o Congresso Nacional não concordar com a tese jurídica construída STF e tomar uma decisão diametralmente

⁹⁶⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

⁹⁶¹ Constituição brasileira de 1988, art. 55, § 2º.

⁹⁶² Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

oposta ao do STF, decidindo manter ou cassar o mandato de determinado parlamentar. Nesse caso, estar-se-ia diante de um conflito entre Poderes?

O Congresso Nacional reluta em cumprir decisões do STF relativas à cassação de mandatos de parlamentares. A situação apenas se complicou com a modificação dos quadros do STF, em face da indicação dos Ministros Teori Zavaski e Luiz Roberto Barroso, pelo fato deles terem aderido aos votos vencidos da Ação Penal 470/MG, entendendo que a cassação do mandato caberia sempre ao Poder Legislativo. Logo, no julgamento da Ação Penal 565/RO, julgada em 8 de agosto de 2013, a qual figurava como réu um Senador, a jurisprudência foi modificada.

Porém, semanas antes de ser proferida a decisão na Ação Penal 565/RO, em 26/06/2013, a partir do trânsito em julgado da Ação Penal 365/RO, o deputado federal Natan Donadon, também eleito pelo Estado de Rondônia, foi recolhido à prisão e não teve o seu mandato cassado, ou seja, o Brasil passou a ter um deputado, com mandato regular, cumprindo pena em regime fechado.

Em resumo, configurou-se o inconcebível perante a Constituição democrática brasileira: parlamentar preso, impossibilitado de exercer suas atividades parlamentares e seus direitos políticos, mas ainda detentor de mandato político, a despeito da condenação transitada em julgado e de estar recolhido em penitenciário.⁹⁶³

Em 28 de agosto de 2013, a Câmara dos Deputados votou a matéria, mas a maioria não foi atingida para que fosse decretada a perda do mandato do parlamentar, o que levou um líder de partido de oposição a impetrar mandado de segurança (MS n. 32.326/DF) perante o STF. O relator, Ministro Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, proferida em 02/09/2013, concedeu liminar para suspender a deliberação da Câmara dos Deputados que não cassou o parlamentar condenado e preso.

Em nova votação na Câmara dos Deputados, o deputado Donadon teve o seu mandato cassado, o que acarretou na perda do objeto do mandado de segurança ajuizado. Isso significou, na prática, que a palavra final sobre o caso, pelo menos nesse questionamento, efetivamente ficou com a Câmara dos Deputados, sendo que, esse

⁹⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

Órgão admitiu que um deputado preso exercesse mandato parlamentar por mais de seis meses.

Logo, demonstrado está que não é incomum surgirem conflitos entre os poderes, muitos desses conflitos têm sua origem na interpretação constitucional, que claro, é atividade complexa e repleta de dificuldades.

Porém, como visto, é comum que ocorra divergência entre a interpretação da Constituição, que não é atividade exclusiva das cortes constitucionais. Contudo, isso não quer dizer que os outros poderes não reajam, dentro da sua esfera de atuação, as novas interpretações dadas à Constituição pelo Poder Judiciário. Essas reações servem como freios às modificações constitucionais operadas pela via interpretativa da Constituição e operam como limite à mutação, seja constitucional ou inconstitucional, mas é fato que esse limite ganha ainda mais força nos casos de mutações inconstitucionais operadas pelo Poder Judiciário, pois, os demais Poderes passam a ser uma das últimas frentes de resistência.

6.4 O valor positivo do ato inconstitucional

O valor positivo do ato inconstitucional refere-se “à ausência de quaisquer consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca e menor de um ato do poder político do Estado”.⁹⁶⁴ Em suma, o ato, mesmo que contrário a Constituição, produz regulares efeitos como se constitucional fosse.

O ato inconstitucional, em regra, sofre um efeito negativo neutralizador, logo as forças dentro de um ordenamento jurídico, para manter a coerência e a lógica do instituto, tendem, por força do princípio da constitucionalidade, a afastá-lo. Uma vez afastado, a decisão proferida retroage, em regra. É como se o ato nunca tivesse existido. Por isso, a regra do ato inconstitucional são os efeitos negativos, pois, uma vez anulada a norma, o ato não terá produzido nenhum efeito, isso para os ordenamentos jurídicos que adotam os efeitos *ex tunc* como regra.

⁹⁶⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Universidade de Lisboa, 1992, p. 17.

Porém há exceções nos ordenamentos jurídicos, sendo que alguns permitem que um ato inconstitucional produza regular efeito, como se fosse constitucional. Um exemplo disso está contido na Constituição da República Portuguesa, que assim dispõe:

Artigo 277.º Inconstitucionalidade por acção

2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

Ao analisar o inciso 2 do art. 277º, percebe-se que a própria Constituição excepcionou os efeitos negativos dos atos inconstitucionais oriundos dos tratados internacionais, desde que a inconstitucionalidade seja orgânica ou formal. Em ambos os casos, a norma inconstitucional produzirá os mesmos efeitos e vigerá da mesma forma que uma norma que não padeça de nenhum dos vícios inconstitucionais supracitados.

Nesse caso, foi a própria Constituição que excepcionou o alcance do controle de constitucionalidade e expressamente previu a possibilidade de uma norma infraconstitucional desobedecer aos preceitos constitucionais, logo esses atos terão um valor positivo, apesar de serem claramente inconstitucionais.

Da mesma forma, isso ocorre com a modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado. O art. 27 da Lei 9868, de 1999,⁹⁶⁵ determina que o STF pode, desde que presentes os requisitos legais, restringir os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade ou mesmo decidir que ela só produzirá eficácia a partir do seu trânsito em julgado, efeito *ex nunc*, ou mesmo de outro marco que venha a ser fixado, efeito *pro futuro*.

A discussão sobre os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade do ato analisado não é nova. Hans Kelsen defendia que o efeito era *ex nunc*, logo a norma inconstitucional produziria regulares efeitos até a sua anulação pelo Poder Judiciário. É fato que, no Brasil e em Portugal, prevaleceu a tese do efeito *ex tunc*, portanto o efeito retroage até o nascimento da norma e a invalida. A nulidade da norma faz com que todos os efeitos por ela produzidos sejam afastados. É como se a norma nunca tivesse nascido.

⁹⁶⁵ Lei 9868/99.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Justamente para afastar a possível insegurança jurídica que poderia recair nos casos em que a norma inconstitucional vigeu durante longos períodos e serviu de base normativa para fundamentar inúmeros atos jurídicos, é que é possível a modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade. Na prática, dá-se à norma inconstitucional um valor positivo, por um determinado período de tempo, sendo que essa norma produzirá regular efeito, da mesma forma que uma lei que é revogada por outra produz.

Em ambos os exemplos até então analisados, tratado internacional inconstitucional e modulação dos efeitos, há normas que padecem do vício da inconstitucionalidade, produzindo efeitos jurídicos como se constitucionais fossem. É justamente isso que se nomeia de valor positivo do ato inconstitucional.

Jorge Bacelar Gouveia afirma que, no direito português, há três casos de valor positivo do ato inconstitucional que são admitidos:

[...] a convenção inconstitucional prevista no artigo 277º, nº 2, o ato político *stricto sensu* não normativo ferido por um vício intrínseco e menor de inconstitucionalidade e o ato jurisdicional, tomados em última instância, não normativo se dimanado dos tribunais comuns, ferido por um vício intrínseco e menor de inconstitucionalidade e desde que não seja causador de dano.⁹⁶⁶

Para efeitos de mutação inconstitucional, não interessa nenhum caso em que a própria Constituição admitiu a manutenção da situação inconstitucional, ou melhor, afastou do âmbito do controle de constitucionalidade determinadas situações. Isso porque, embora o ato inconstitucional prevaleça em ambos os casos, seja de mutação inconstitucional, seja de inconstitucionalidade autorizada pela Constituição, apenas na mutação a Constituição será, de alguma forma, alterada. Nos outros casos, a Constituição se mantém intacta e convive com o ato inconstitucional, em face da sua expressa disposição nesse sentido.

Assim, nos casos de mutação inconstitucional, os requisitos apontados por Bacelar Gouveia como admitidos para a decisão judicial não se mantêm. O único requisito é que o ato tenha sido praticado em última instância; fora isso, o grau ou a intensidade do vício de inconstitucionalidade e o fato de ele causar ou não dano é irrelevante.

⁹⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Universidade de Lisboa, 1992, p. 17.

Um exemplo para elucidar a questão é o cumprimento definitivo da pena por presos condenados, no Brasil, em segunda instância. Como já demonstrado, houve no caso uma mutação inconstitucional que deslocou a presunção de inocência do trânsito em julgado para a condenação em segundo grau. O réu ainda pode ser inocentado pelos Tribunais Superiores. Para o ser humano, talvez o único dano maior do que a privação de sua liberdade seja a perda da sua própria vida. Contrariamente ao que afirma Bacelar Gouveia, há no ordenamento jurídico brasileiro uma mutação inconstitucional, com valor positivo, que não respeita as restrições descritas por ele e que pode acarretar sérios danos ao ser humano.

Dessa forma, toda mutação inconstitucional que se perpetue no ordenamento jurídico e produza regulares efeitos possui um valor positivo, pois, embora aquele ato não devesse existir, ele existe e produz os mesmos efeitos que uma norma constitucional produz.

6.5 A constituição simbólica

O grande risco da proliferação de mutações inconstitucionais dentro de um determinado ordenamento jurídico é transformar a Constituição em mera folha de papel. Essa concepção sociológica da Constituição é o maior fracasso que o constitucionalismo poderia enfrentar. Isso porque é a prevalência da situação descrita por Ferdinand Lassalle de que uma Constituição nada mais é do que a soma dos fatores reais de poder que regem um determinado Estado.

A Constituição, nessa visão, nada mais é do que o resultado concreto das forças sociais.⁹⁶⁷ Assim, a Constituição não seria instrumento hábil para limitar o exercício do poder político pelo direito, uma vez que, na concepção sociológica, ela é vista como fato e não como norma, logo se prioriza a perspectiva do ser em face do dever-ser, e a base da Constituição passa a ser as práticas desenvolvidas pela sociedade e pelos órgãos de poder.

Esse cenário também é abordado por Marcelo Neves, que analisa a concepção negativa e a positiva da Constituição simbólica. Na concepção negativa, “as disposições da Constituição não são relevantes para os órgãos estatais vinculados

⁹⁶⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1933, p. 32-41.

estritamente à sua interpretação-aplicação.⁹⁶⁸ Nesses casos, a práxis dos órgãos estatais é de violar a Constituição continuamente, distanciando a realidade social do texto constitucional, por causa da ausência de concretização normativa do texto constitucional. Dessa forma, é fácil perceber que a concepção negativa nada mais é do que a visão sociológica da Constituição defendida por Ferdinand Lassale.

Em sentido positivo, a constitucionalização simbólica⁹⁶⁹ abarca uma discrepância entre o texto escrito e o que é realmente almejado pela elite dominante do poder. Na Constituição, há fórmulas retóricas que enaltecem o papel e a retórica do bom legislador constituinte e dos governos em geral. O que se tem é um constitucionalismo aparente, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional. Dessa forma, mantêm-se inalterados os problemas sociais, impedindo-se os caminhos das mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional.⁹⁷⁰

Assim, a Constitucionalização simbólica se aproxima da classificação ontológica, feita por Karl Loewenstein. A Constituição simbólica também coteja a Constituição com o processo político. Ocorre que, enquanto a concepção negativa abarca a Constituição nominal, a positiva foca a semântica. As três espécies descritas por Loewenstein são assim conceituadas:⁹⁷¹

- i. Normativa – o processo político da sociedade se ajusta à Constituição, ou seja, a Constituição que se impõe ao processo político;
- ii. Nominal – tem nome de Constituição, mas cede ao processo político, ela se amolda a ele;
- iii. Semântica – serve aos interesses dos detentores do poder político e não ao povo.

Não é que a ineficácia de alguns dispositivos constitucionais ou mesmo a manutenção de algumas mutações inconstitucionais no ordenamento jurídico, por si só, acarretarão constitucionalização simbólica. É bem possível que esses institutos se harmonizem com um determinado ordenamento jurídico. A constitucionalização simbólica demanda, para caracterizar-se, atingir os alicerces do sistema constitucional, apenas quando o sistema deturpa “os direitos fundamentais, a separação dos poderes, a

⁹⁶⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 94.

⁹⁶⁹ “De um lado, sua função não é regular condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, de outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos”. *Ibidem*, p. 96.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁷¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 217.

eleição democrática e a igualdade perante a lei”,⁹⁷² mantendo, todavia, as instituições jurídicas consagradas no texto constitucional, a fim de que elas possam utilizar a Constituição como discurso de poder, transformando-a em símbolo e vendendo uma ideologia de que existe um Estado Constitucional, enquanto, na verdade, esse Estado não existe. Ao contrário, de fato, o que se tem é uma Constituição que serve apenas para os detentores do poder legitimar os seus interesses.⁹⁷³

Nesse cenário é que o instituto da mutação inconstitucional converge para a constitucionalização simbólica. O fenômeno da mutação inconstitucional pode se tornar uma ferramenta útil para a constitucionalização simbólica, transformando a Constituição normativa em semântica ou nominal.

Além disso, mutações inconstitucionais quando ocorrem na forma de Estado, na forma de governo, no sistema de governo, no regime de governo, na organização e divisão dos poderes e no rol de direitos individuais podem ir além da configuração de uma Constituição nominal. Essas mudanças podem configurar um cenário de destruição da Constituição, na definição de Carl Schmitt,⁹⁷⁴ o que provocará o surgimento de uma nova Constituição, porém elaborada de modo informal.

⁹⁷² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 100-101.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 100-101

⁹⁷⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 153.

7 CONCLUSÃO

O limite, na mutação, pode gerar uma transformação substancial, caso seja superado. Assim, se a fronteira da mutação constitucional for transposta, esse fato pode acarretar o surgimento de uma mutação inconstitucional. Nesse caso, a mutação que era constitucional transforma-se em mutação inconstitucional. Todavia uma alteração informal inconstitucional ocasiona sempre deformações duradouras no ordenamento jurídico.

Os limites que incidem sobre a mutação inconstitucional exercem dupla função: visam limitar o seu surgimento e extirpar as mutações inconstitucionais do ordenamento jurídico. Esses limites não impossibilitam que as mutações inconstitucionais ocorram, mas tentam restringi-las ao máximo.

Nos casos de superação desses limites – o que é possível, pois o limite não é intransponível ou insuperável – efetivamente ocorrerá uma mutação inconstitucional, produzindo regulares efeitos como se constitucional fosse.

A mutação constitucional foi inicialmente observada e estudada, como um instituto autônomo, na Alemanha. Num primeiro momento, a mutação era vista como um problema para a corrente formalista, pelo fato de os doutrinadores, dessa época, apenas terem conseguido dar uma resposta fática ao fenômeno.

Posteriormente, a superação da visão da Escola Alemã de Direito Público ocorreu por meio de autores que viam essas alterações informais como parte de um conceito dinâmico de Constituição. O que possibilitou superar o problema da incorporação dessas normas foi justamente a aceitação de que essas alterações informais também eram fontes do direito. Supera-se um problema, porém surge outro, pois, nessa visão, a Constituição deixa de ter força normativa.

Um terceiro momento surgiu justamente para limitar as alterações informais, com o intuito de fazer prevalecer as normas constitucionais escritas em face da realidade fática. Os doutrinadores desse ciclo não negam o papel da realidade fática, mas restringem o seu espaço de atuação à função de complementação da norma, logo o seu âmbito de incidência não pode desrespeitar o texto.

O problema da solução adotada pelos autores do terceiro ciclo é que ela não protege por completo a Constituição, uma vez que eles apenas dividiram a mutação em dois grupos distintos: as constitucionais e as inconstitucionais, nomeadas de “quebra da Constituição”. Essas quebras seriam as alterações perpetradas na Constituição que, de

alguma forma, anulariam as suas disposições expressas. Em suma, seriam os casos em que a realidade ou as fontes reais de poder prevaleceriam em face da norma constitucional. Porém as mutações constitucionais foram convenientemente ignoradas, como se não ocorressem ou como se isso não fosse um problema jurídico.

É fácil perceber que os três ciclos não são estanques, muito menos foram totalmente superados. Ao contrário, eles se completam e, em parte, permanecem atuais. A visão da escola formalista permanece atual quanto à mutação inconstitucional, pois esta continua sendo vista como um problema insolúvel, uma vez que a incorporação das suas alterações, caso o instituto seja visto como fonte do direito, nos termos propostos pelo segundo ciclo, acaba com a força normativa da Constituição, o que era o temor do terceiro ciclo. Dessa forma, o problema persiste no caso de mutações inconstitucionais, pois, ainda que não sejam admitidas, elas continuam a ocorrer, não sendo possível dar uma explicação jurídica para o fenômeno, mas apenas fática.

Além disso, a mutação, seja constitucional ou inconstitucional, é um instituto que não consegue ser plenamente explicado nem afastado por nenhuma das correntes jurídicas existentes. A fim de demonstrar essa assertiva, foram utilizadas no presente trabalho duas correntes antagônicas: o originalismo e o realismo, sendo que nenhuma das duas limita totalmente o instituto, logo correntes intermediárias também não o limitarão.

Conforme demonstrado, ainda que a mutação constitucional seja afastada pela corrente originalista, persistiria uma de suas modalidades, a mutação inversa, portanto o problema continua. Por fim, há uma dificuldade conceitual na doutrina originalista, na vertente que tenta conciliar a possibilidade de interpretação evolutiva com a expectativa dos pais fundadores, isso porque a interpretação evolutiva visa atender às necessidades dos destinatários atuais da norma e não daqueles que o eram na publicação da Constituição.

A superação dessa corrente pelo realismo jurídico também gera incerteza jurídica, pois essa corrente vê o direito como algo haurido da experiência social, logo o direito é fato social, o que os aproxima dos doutrinadores do segundo ciclo, portanto, a Constituição deixa de ter força normativa.

O direito, nesse cenário, é fato social, porque é visto como o conjunto de normas efetivamente aplicadas pelos tribunais de uma comunidade. Em suma, preocupa-se com a eficácia das normas, não com a validade delas. Assim, o desuso, as

alterações informais pela via da interpretação, enfim, todas as espécies de mutações constitucionais ganham força.

O realismo só é apto para resolver o problema da existência das mutações constitucionais no sistema de *common law*, pois, nesse sistema, a atividade jurisdicional é vista como fonte do direito. Todavia é incapaz de limitar o instituto, uma vez que os juízes não estariam limitados pelo texto; ao contrário, eles seriam a materialização do poder constituinte difuso.

Em resumo, é fácil perceber que nenhum dos dois caminhos, por mais extremados que sejam, são aptos para afastar o problema das mutações constitucionais, pois os limites a esse instituto não estão na adoção de uma determinada corrente ou mesmo em correntes intermediárias, uma vez que o problema persiste tanto em um quanto em outro foco, em maiores ou menores proporções.

O conceito de mutação constitucional mais consagrado é no sentido de que ela é a alteração do significado da norma, sem que o texto seja formalmente alterado. Esse conceito, por si só, é insuficiente para delimitar plenamente o instituto, primeiro porque pode existir norma sem texto. Nesse caso, a mutação altera o sentido, o significado ou mesmo a própria norma, de modo informal. Além disso, a vontade original do legislador não é um critério relevante para configurar ou não uma mutação constitucional, o que interessa é a interpretação objetiva da norma e não a pretendida originalmente.

O conceito apresentado precisa, ainda, ser complementado com mais dois requisitos: a inovação política e certa estabilidade temporal. A inovação política pode se referir ou não à criação do direito pelo Judiciário. Quando isso ocorre, o texto é superado. Nesse caso, estar-se-á diante de uma mutação inconstitucional toda vez que o limite “contexto” também for superado.

Uma premissa a ser adotada é que a mutação sempre se origina por meio de uma conduta de um dos órgãos do poder político, mesmo as mutações oriundas de fatos, como o costume e o desuso, só são reconhecidas efetivamente como uma mutação a partir do momento em que são adotadas por um órgão do poder político. Em suma, só há que se falar em costume ou desuso se esse ato for praticado por um órgão do poder político, fora isso, não há interesse jurídico no ato. Logo o único fundamento para classificar a mutação quanto à sua origem em determinado órgão político é a finalidade metodológica, tendo em vista as características peculiares de cada grupo.

A mutação pode ser classificada primeiramente quanto a sua origem. Assim, embora toda mutação se origine de um ato de poder político, é possível subdividi-las da seguinte forma: 1) modificações operadas em virtude dos fatos; 2) modificações operadas por atos normativos; 3) modificações operadas a partir da concretização das normas não exequíveis por si mesmas pelo Poder Judiciário; 4) mutação oriunda da interpretação constitucional, sendo que este item engloba não só os atos realizados pelo Poder Judiciário, mas todos os demais atos realizados pelos outros agentes políticos que também interpretam a Constituição.

A título de esclarecimento, nem todo ato oriundo de uma das quatro fontes retromencionadas será, necessariamente, uma mutação constitucional. Todavia toda mutação constitucional necessariamente terá sido originada de uma das quatro fontes detalhadas no parágrafo anterior.

Por fim, as mutações podem ser classificadas quanto à sua compatibilidade com o texto constitucional. Nesses casos, a mutação se subdivide em mutação constitucional e inconstitucional. As mutações inconstitucionais são aquelas que não respeitam os limites impostos às mutações constitucionais, sendo consideradas constitucionais todas aquelas que respeitam os limites fixados para o instituto da mutação.

No regime de *civil law*, o costume, o desuso, o precedente com efeito *erga omnes* e a súmula vinculante são as únicas fontes de direito oriundas de fato. Porém cumpre esclarecer que o costume, em regimes de Constituição formal, não cria originalmente normas constitucionais, uma vez que a Constituição nasce de um ato jurídico denominado ato constituinte. Logo o problema do costume em sistemas de Constituição formal não tem relação com criação ou formulação de normas originárias via costume, mas sim com a criação superveniente de normas constitucionais, uma vez que o costume se projeta sobre normas constitucionais formalmente produzidas por meio de atos oriundos do poder constituinte originário ou derivado.

O problema é que essas normas, como visto, se originam das práticas dos poderes do Estado, independentemente da função estatal (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e podem alcançar o mesmo patamar de normas constitucionais solenemente contidas no texto constitucional. Essas normas podem complementar as normas constitucionais, mas, não raro, elas contrariam o que expressamente está contido na Constituição.

Essa realidade é, segundo Georges Burdeau, parcialmente explicada pelo fato de que toda Constituição se origina, primeiramente, de forma costumeira, pois se forma lentamente, a partir de fatores morais e históricos. Dessa forma, um determinado instituto, quando descrito de forma estatutária, já estava fixado por um conjunto complexo de tradições, de uso, de precedentes, de princípios, que formam o direito costumeiro e que depois assumem uma dimensão formal.

Independentemente de o costume ser *praeter, contra* ou *secundum legem*, ele sempre acarretará uma mutação em potencial, pois o costume nada mais é do que uma mudança produzida por fatos, sem alteração formal do texto da norma constitucional.

Embora o costume, na atualidade, seja uma fonte de direito secundária, historicamente não o foi. O grande problema dos costumes é justificá-los e harmonizá-los dentro do ordenamento jurídico, principalmente quando se fala em costume *contra legem*, pois torna-se difícil explicar que uma norma que tem a sua validade extraída e justificada de outra norma superior perca a sua validade em face de uma norma costumeira que não detém, a princípio, validade jurídica em nenhuma norma superior.

É fundamental demonstrar a juridicidade dos costumes, caso contrário, ter-se-á uma situação irregular com consequências deveras graves, pois, se o próprio poder de reformar sofre limitações, tanto expressas como implícitas, como seria possível que aquilo que é vedado de ser alterado formalmente pela principal fonte do direito seja autorizado pela via de um instituto não jurídico, mas fático, no caso o costume?

Diante desse problema, um dos possíveis critérios para verificar se determinada norma pertence a um ordenamento é o reconhecimento dessa norma pelos órgãos primários do sistema. O problema é que aqui se realiza uma lógica binária, uma vez que os costumes surgem desses órgãos. A ideia de reconhecimento pelos órgãos primários é semelhante aos argumentos defendidos pelo institucionalismo, uma vez que, para eles, competiria aos órgãos de poder o reconhecimento das normas consuetudinárias. Assim, há uma aproximação entre o fundamento de validade do direito e o princípio da efetividade, que é, ao seu turno, o fundamento das chamadas fontes *extra ordinem* ou fontes materiais.

As fontes formais se diferenciam das fontes materiais ou *extra ordinem*, uma vez que as primeiras são aquelas provenientes de mecanismos previamente previstos nos ordenamentos jurídicos, enquanto as segundas são normas que se originam por meio de fato, mas dependem da aquiescência ou aceitação geral da

comunidade. Essa aceitação geral se dá por meio do reconhecimento da aplicação de determinado costume tanto pelos órgãos políticos quanto pela comunidade em geral.

Nessa linha, o fundamento jurídico para o costume ser considerado fonte do direito é exatamente o fato de ele se enquadrar como fonte material ou *extra ordinem*. Assim, os costumes constitucionais teriam a mesma estatura das normas constitucionais formais, o que poderia ocasionar antinomias. Nesses casos, prevalecendo o costume, ter-se-á um costume *contra legem* alterando a Constituição.

O raciocínio também não é livre de críticas, pois, ao fundamentar a força normativa dos princípios no princípio da efetividade e em razão da sua aplicação pelas instituições políticas a fim de justificar a sua validade jurídica, está-se privilegiando o fato consumado.

Uma maneira de justificar juridicamente a forma de criação dessas normas, sem observar o rito pré-estabelecido na Constituição, é por meio da teoria da autorreferência. Assim, para justificar a fonte de validade das normas consuetudinárias, adotou-se na presente tese a teoria da autorreferência de Raz, logo essas normas, juntamente com a norma fundamental, são originárias, por isso não necessitam de outra norma derivada para lhes dar validade jurídica.

Quanto às convenções constitucionais, é possível harmonizá-las com ordenamentos jurídicos compostos por constituições rígidas e analíticas, desde que não se parta da mesma perspectiva do direito inglês, uma vez que nesse direito há uma convicção da obrigatoriedade da convenção constitucional, tanto que muitos doutrinadores defendem uma obrigatoriedade moral constitucional. Assim, nos demais sistemas jurídicos em que o elemento psicológico das convenções se traduz apenas numa expectativa de reciprocidade, ficam afastadas a obrigatoriedade ou a imperatividade, portanto elas, por si só, não são fontes de mutações constitucionais.

Nos regimes com Constituição escrita, as convenções constitucionais também são institutos que contribuem para a complementação das normas jurídicas escritas por meio da observância da tradição, da aplicação de determinados institutos constitucionais pelos órgãos do poder político, com o fito de harmonizar essas relações. Mesmo que elas não tenham força coercitiva e não sejam normas jurídicas, ainda assim remanesce o interesse pelas convenções constitucionais em razão da sua imbricação estreita com o direito e a política. Porém, uma vez que elas não se configuram como fonte do direito, por causa da sua não imperatividade, ganham importância na sua

reiteração e, se acompanhadas da convicção de sua obrigatoriedade, podem desencadear novos costumes constitucionais.

Além dos costumes e das convenções constitucionais, a doutrina discute a existência de outras modalidades de normas constitucionais não escritas, que consistiriam em máximas e práticas constitucionais que, de alguma forma, regulam a conduta ordinária das instâncias de poder ali existentes, sem, no entanto, constituírem normas formalmente escritas de qualquer natureza.

A grande dificuldade dessas outras normas seria, num regime de *civil law*, apurar se elas possuem alguma força normativa. Todavia nem as convenções, que estariam num patamar superior a essas outras normas, têm força coercitiva, portanto é forçoso concluir que essas outras figuras afins também não têm tal força, com exceção das súmulas vinculantes e dos precedentes com efeito *erga omnes*.

Embora essas figuras afins, muitas vezes, acarretem efeitos jurídicos, algumas vezes, o efeito produzido por elas é, inclusive, contrário à Constituição. Como esses atos são desprovidos de imperatividade, não são normas jurídicas, mas, da mesma forma que ocorre com as convenções, nada impede que, em face do comportamento reiterado, eles se transmudem em costumes, tornando-se, assim, fontes do direito.

Um dos maiores desafios é estabelecer limites palpáveis para as mutações constitucionais oriundas de normas não escritas, uma vez que, se se adotar a corrente que reconhece a legitimidade dessas fontes de direito, pura e simplesmente, não haverá limites para a sua atuação. Isso porque nada impedirá que normas consuetudinárias, ainda que contrárias à Constituição, produzam efeitos, revogando as normas escritas que lhes são contrárias. Nessa visão, a tese do poder constituinte difuso, ou seja, a existência de um poder constituinte permanente operado pelos órgãos políticos, ganha força.

Por essa razão, tende a vigorar na doutrina o entendimento de que a função dessas normas não escritas é de complementação, portanto o limite dos costumes seria atuar dentro das esferas *praeter* e *secundum legem*, não se admitindo o costume *contra legem*. Esse entendimento preserva a rigidez e a estabilidade das normas constitucionais, garantido que apenas alterações formais modifiquem, de forma a contrariar o texto, as normas constitucionais escritas.

É fato que as normas constitucionais não escritas, historicamente, não respeitaram os limites tolerados, sendo que muitas delas contrariaram ou mesmo revogaram, por meio do desuso, expressa disposição constitucional.

Ainda assim, o limite das mutações constitucionais oriundas das normas constitucionais não escritas é que essas alterações não afrontem o texto e o contexto constitucional, devendo atuar na esfera da complementação e elucidação da norma constitucional. Assim, não se admite aqui que normas constitucionais não escritas contrariem as normas constitucionais escritas. Caso isso ocorra, o limite da mutação constitucional terá sido superado, estando-se, a partir desse momento, diante de figuras como a fraude, a quebra da Constituição ou mesmo a mutação inconstitucional.

Quando se adota o texto como um limite objetivo para a mutação constitucional, surge uma dúvida: o que é o texto? É importante esclarecer que, quando se aponta o texto como limite objetivo à mutação constitucional, não está sendo dito que o texto se resume àquilo que está disposto em um único artigo, muito menos que os demais métodos de interpretação devam ser afastados. É claro que as partes do texto, os artigos, precisam ser lidas de maneira a completar o todo, ou seja, não é possível que os signos sejam livremente alterados ao bel-prazer do intérprete, sob pena de que o texto passe a comportar qualquer tipo de interpretação. Porém o conceito descrito em um único artigo precisa ser compatibilizado com a unidade de todo o texto, logo o contexto ganha força.

Isso não quer dizer que a interpretação não componha o ato normativo ou que não interfira na sua produção ou mesmo que não implique a sua criação, apenas que nem todo ato normativo demanda interpretação. A norma não é o texto interpretado, o texto detém caráter normativo, independentemente do ato interpretativo.

A interpretação pode alterar o significado e, com isso, o alcance do texto, mas isso não quer dizer que o Judiciário é o único criador de normas ou que todo o mundo, menos o responsável pela elaboração do texto, o é, pelo contrário, a atividade de criação de normas pela via do Poder Judiciário é excepcional, já que, em regra, o Poder Legislativo, junto com o Executivo, cria a norma. Entender de outra forma é afastar a autoridade dos textos normativos, mas isso não quer dizer que o intérprete autêntico não concretize a norma, ele o faz ao compreender e interpretar um determinado texto. A criação do direito pelo Judiciário ocorre, entre outras formas, nos casos difíceis. Casos difíceis são aqueles em que o sentido semântico inicial do texto é alterado, reiteradamente, na aplicação da norma.

Em resumo, se a norma fosse uma fórmula matemática, seria o produto texto x interpretação (Norma = Texto x Interpretação). Isso equivaleria a considerar que todo ato normativo publicado já teria um valor predeterminado para interpretação que

seria igual, pelo menos inicialmente, a 1, ou seja, $N = T \times 1$. Assim o texto normativo já é norma, todavia a interpretação a posteriori poderá alterar o resultado da equação, concretizando novas normas em substituição à norma original.

De qualquer forma, independentemente da teoria adotada – cognitivismo contemporâneo, teoria cética, em qualquer das suas vertentes, radical ou moderada –, como não existe um único método correto e a aplicação de métodos diferentes pode provocar respostas diferentes, em novas normas, resta a dúvida: como escolher a melhor resposta para a solução de um caso concreto, dentre todas as opções possíveis?

Uma coisa é certa: o texto constitucional é, muitas vezes, vago e ambíguo, sendo que todas as correntes modernas sobre a interpretação defendem, em maior ou menor escala, a existência de uma margem discricionária de decisão, dentre as diversas soluções possíveis para determinado caso concreto. Assim, compete ao método jurídico viabilizar a melhor escolha.

As teorias modernas de semiótica compreendem que um texto, depois de separado do seu emissor (bem como da intenção do emissor) e das consequências do seu referente subentendido, apresenta inúmeras possibilidades de concretização, se a norma = $T \times I$, isso quer dizer que norma não é só interpretação, logo, para concretizar a norma, deve-se partir do texto acoplando-se a ele a sua interpretação.

Percebe-se, assim, que a interpretação literal (entendida como mero ato de compreensão, nesta tese), para aqueles que a admitem como ato interpretativo, é um procedimento inicial da interpretação e que, para extrapolá-la, o intérprete precisa primeiro compreender o texto, não sendo possível simplesmente ignorar os termos léxicos. Neste momento, já é possível fazer a seguinte análise: a interpretação incide sobre o texto, logo o texto é o objeto da interpretação. Interpreta-se algo. Por vezes, o texto também é parâmetro da interpretação; nesses casos, ele nunca atua de forma isolada, apenas o conjunto texto e contexto forma um limite objetivo para o intérprete, pois, caso este extrapole os dois, surge um novo objeto que desconfigura o objeto inicial.

Isso demonstra que nem sempre o texto é um limite objetivo para a interpretação, mas ele sempre será objeto da interpretação. Se a interpretação incide sobre o texto, logo este é o objeto da interpretação. Interpreta-se algo. Por vezes, o texto também é parâmetro da interpretação, nesse caso, ele terá o escopo de deixar adstrito a sua margem de incidência, sob pena de se desconfigurar, mas isso, por si só, não o transforma em limite objetivo, pois, muitas vezes, o intuito da interpretação é

justamente reconfigurar o signo original num novo signo. Esta é a grande dificuldade de conciliar as duas funções do texto: ele é objeto da interpretação, mas também o seu parâmetro.

Isso não quer dizer que a interpretação seja ilimitada, significa que o limite não está apenas no texto, mas sim na própria interpretação. Se a norma pode ser representada matematicamente, o erro está em acreditar que se trata de uma operação aritmética de soma, que seria assim representada: $N = \text{Texto} + \text{Interpretação}$. É fato que, mesmo nessa formulação, o texto já não seria limite para a interpretação, pois é um dos elementos que compõem a norma. O texto só seria limite se o valor da interpretação fosse sempre zero, caso contrário, qualquer valor que se desse à interpretação alteraria os limites do texto.

Na verdade, como já demonstrado, trata-se de uma operação de multiplicação, em que $N = \text{Texto} \times \text{Interpretação}$, sendo que a Interpretação pode ser representada numa função que variará dentro de um espaço delimitado, por exemplo, de 0 a 2. Essa função varia de acordo com o que é preestabelecido como aceitável, dentro de determinado contexto. É evidente que a utilização de uma fórmula matemática é apenas para elucidar o raciocínio jurídico, sem falar que há um erro nessa fórmula, pois toda função tende ao infinito, e isso significaria dizer que existem infinitas possibilidades para a interpretação de um determinado texto, o que não é verdade. Porém utilizar uma função na fórmula é útil tendo em vista as inúmeras possibilidades que decorrem da interpretação.

É importante frisar que o limite não está apenas no objeto, mas também na interpretação, embora este, algumas vezes, exerça essa função, juntamente com o contexto. A interpretação poderá desconfigurar ou modificar o objeto inicial, embora nem sempre o faça. Muitas vezes, essa função terá valor igual a 1, são os casos de simples compreensão. Outras vezes, ela poderá anular a norma, tendo então valor 0, são os casos de controle de constitucionalidade ou qualquer outro ato que anule a norma. Ela poderá, ainda, ser de tal forma alterada que o texto, inicialmente analisado, contrarie a nova norma, são os casos de interpretação criativa.

O problema passa a ser como limitar o excesso de interpretação, que prejudica o sentido do texto. Considerando que, normalmente, a interpretação literal não é o ato final da interpretação, mas o seu início, adotou-se nesta tese o critério da economia.

O critério da economia opera nos casos em que o excesso de interpretação produz um dispêndio exacerbado de energia hermenêutica que o texto não comporta. A fim de evitar esse excesso, deve-se adotar o princípio do menor esforço.

Dessa forma, percebe-se que, embora existam inúmeras interpretações possíveis, nem todas elas são corretas, algumas são claramente insustentáveis pelo texto e pelo contexto. As boas interpretações são frutos do consenso da comunidade de intérpretes, as más são aquelas que não foram capazes de convencer um auditório específico, que, no caso do direito, é a comunidade jurídica. Nesse cenário, a Teoria da Argumentação Jurídica ganha força.

Porém o fato de a semiótica ser ilimitada não leva à conclusão de que a interpretação não tem critérios. O contexto é um limitador da interpretação. Assim, é forçoso concluir que um dos limites da interpretação é o contexto de determinado texto. Além disso, todo intérprete deve observar o critério da economia. Toda vez que determinada interpretação não observar esses dois requisitos, ela deve ser “falseada”, ou seja, ela deve ser afastada. Caso essa interpretação prevaleça, não se estará mais no âmbito da interpretação do direito, mas sim no âmbito da criação do direito.

Uma última pergunta ainda necessita ser respondida. Se o contexto compõe o limite da norma, de nada adiantaria existirem infinitos contextos, pois, nesse caso, estar-se-ia admitindo a existência de infinitas interpretações a variarem de acordo com o contexto que se queira dar ao texto. Portanto, se uma interpretação pressupõe um contexto, o que é o contexto jurídico?

Qualquer lei pressupõe um conjunto de contextos interpretativos preexistentes. O primeiro contexto refere-se à própria linguagem, tanto a jurídica quanto a usual. É fato que nenhum legislador ou intérprete pode tornar-se inteiramente dono da sintaxe, da semântica ou do léxico. Há um limite aceitável, partilhado por profissionais da área jurídica, do significado de um determinado signo. O segundo contexto é o sistema jurídico, que preexiste à edição de uma lei e mesmo à prolação de uma determinada sentença.

O contexto faz com que o intérprete tenha a noção exata das limitações existentes em um determinado tempo e espaço, em face de inúmeras noções consolidadas de princípios, regras e procedimentos, à luz do qual necessariamente, qualquer novo elemento será analisado. O terceiro contexto refere-se exatamente aos destinatários especializados: a administração, o poder judiciário, a doutrina. A mudança

jurídica acaba sendo filtrada pela comunidade jurídica, que, invariavelmente, atua como um freio a mudanças demasiadas bruscas.

A presente tese adotou a classificação de interpretação fornecida por Riccardo Guastini: a interpretação cognitiva ou interpretação-conhecimento, a interpretação decisória ou interpretação-decisão e a interpretação criativa ou interpretação-criação.

Nos dois primeiros casos, tem-se realmente o instituto da interpretação; a interpretação criativa, como ensina o próprio Riccardo Guastini, não se refere ao instituto da interpretação, mas sim da criação do direito. Na presente tese, ao se afirmar que o limite da interpretação é constituído pelo texto e contexto, está-se afirmando que o limite da interpretação cognitiva e da interpretação decisória são o texto e o contexto, pois a interpretação criativa tem na superação do texto ou na desconfiguração do contexto o seu principal requisito. Percebe-se, assim, que a interpretação criativa não é um verdadeiro ato de interpretação, mas criação do direito. O Judiciário cria uma norma que o texto normativo não comporta.

Quando o Judiciário cria a norma, sem texto pré-existente ou não respeitando as escolhas possíveis de determinado enunciado, ele atua na fase deliberativa. Dessa forma, a mutação difere da interpretação. Embora ambos sejam institutos aptos a alterar informalmente a Constituição, daí a sua semelhança, a mutação é uma alteração mais qualificada, pois não se trata de simples escolhas discricionárias, entre as várias possíveis oferecidas ao intérprete dentro de uma mesma moldura. A mutação, definitivamente, altera os padrões de escolha, as alternativas anteriores não são mais possíveis, uma vez que o Judiciário cria o direito. Nesse momento, ele atua na esfera deliberativa, podendo, inclusive, alterar a moral originária da norma escolhida pelo Poder Legislativo. Nesse caso, o Judiciário deixa de ser mero aplicador da moral neutra.

A partir da mutação operada, podem existir novos atos interpretativos da norma que foi objeto da mutação, de forma a modificá-la, novamente, pela via informal, mas não será mais possível optar pelas alternativas originais, pelo menos não todas as opções outrora possíveis, pelo menos enquanto o Judiciário atuar dentro da esfera executiva. De forma extremamente resumida, a interpretação, por si só, atua dentro da esfera executiva, enquanto a mutação, mesmo a oriunda da interpretação, exige que o Poder Judiciário atue em ambas as esferas, deliberativa e executiva.

É fácil perceber que tanto a fraude constitucional quanto a mutação inconstitucional não possuem o texto como limite, mas sim que a sua não observância é um requisito para configurar esses institutos. Ambos só surgem quando o texto constitucional é, de alguma forma, vilipendiado, pois toda vez que o Judiciário assim agir, ele estará substituindo o texto originalmente criado pelo Poder Legislativo, logo ele estará atuando dentro da esfera deliberativa. Esses casos referem-se à alteração, ou melhor, à superação informal do texto ou a sua total desconsideração.

A interpretação criativa pode afrontar ou não o texto, em maior ou menor grau. Ela também pode não respeitar o contexto. Quando respeita o texto constitucional, pois, de alguma forma, está vinculada a ele e respeita o contexto, ter-se-á uma mutação constitucional. Entretanto, quando ela não observar o texto e o contexto, estar-se-á diante de uma mutação inconstitucional.

O presente trabalho analisou, ainda, se há mutação constitucional na concretização de omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário. É fato que a concretização da norma por Poder diverso daquele que tem a obrigação constitucional de implementá-la gerará sempre uma mutação.

Além disso, toda vez que o judiciário concretizar diretamente uma norma preceptiva não exequível por si mesma ou uma programática e conceder a ela efeito *erga omnes*, ter-se-á ultrapassado, em regra, o limite da mutação constitucional, salvo se a norma já tiver sido suficientemente regulada em face das disposições constitucionais, sendo a mesma incondicional e precisa, não sendo necessário, para sua concretização nenhuma inovação política, devendo ainda ser respeitado a provisoriedade da regulamentação, pois a mesma só é válida até a expedição da norma pelo poder legitimado. Nos demais casos em que a concretização não observar os limites propostos, o texto da Constituição não mais abará a norma, uma vez que a sentença ou o acórdão passará a ocupar o espaço antes reservado, pela Constituição, à lei.

É fácil perceber que o único limite que afasta, de plano e de forma inconteste, a mutação inconstitucional, em face da concretização da norma omissa pelo Poder Judiciário, é o fato de esse Poder conceder às ações que visam afastar a omissão perpetrada efeito *inter partes*.

Uma tentativa de reduzir a banalização da concretização direta da norma faltante pelo Poder Judiciário realizada no Brasil foi a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que regulamentou o mandado de injunção. A mencionada Lei delimitou o alcance (restrito às partes) e a produção de efeitos (validade até a edição de norma

regulamentadora) da decisão provocada por mandado de injunção. Todavia ela admite a possibilidade de a medida valer também para pessoas alheias à ação judicial ou ser aplicada a todos, efeito *erga omnes*, os que se encontram na mesma situação de seus autores. Aqui resta a dúvida se essa parte do ato não se refere a uma mutação inconstitucional por ato legislativo, uma vez que a Constituição não consagrou o efeito *erga omnes* para o mandado de injunção.

De toda forma, aquilo que estava sendo tratado como regra, efeito *erga omnes* do mandado de injunção, passou a ser exceção, sendo que a decisão judicial transitada em julgado produz efeitos apenas até a edição da norma regulamentadora.

A existência de mutações inconstitucionais é um problema em qualquer ordenamento jurídico, isso porque a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Se um dos poderes, durante o seu regular exercício, altera a Constituição, sem observar as formas e os limites previstos nela própria, isso quer dizer que a Constituição falhou na sua função política, pois os limites jurídicos fixados por ela para o exercício do poder não foram observados ou mesmo suficientes para limitar aquele Poder usurpador.

É possível distinguir duas espécies de mutação inconstitucional, uma que contraria expressamente o texto da Constituição, seja formal ou materialmente, e outra que não observa os princípios da legalidade e da reserva legal. O último caso refere-se à norma de eficácia institutiva em que a própria Constituição determinou a necessidade de elaboração de uma futura lei para garantir a eficácia plena da norma, todavia, nos casos em que o Poder Judiciário concretiza a norma, de forma inovadora, ele atua como se Poder Legislativo fosse.

O conteúdo da segunda espécie de mutação inconstitucional pode não afrontar diretamente um determinado texto, ou seja, ele não necessariamente será, por si só, materialmente inconstitucional, pois o seu conteúdo pode não ser avesso às normas constitucionais. Todavia a forma adotada para a imposição da obrigação o é, pois não respeita os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal. Essas mutações são oriundas de atos conhecidos como ativismo judicial ou jurisdicionalização da política, tendo em vista que o Poder Judiciário substitui o Poder Legislativo, impondo obrigações aos cidadãos ou mesmo a outros entes públicos. O problema é que o Poder Judiciário não é legitimado para inovar na ordem jurídica.

A mutação inconstitucional nasce quando os limites da mutação constitucional não são respeitados. A possibilidade de o limite não ser respeitado não significa que ele não exista.

Em outros casos, como demonstrado na parte pré-introdutória, a não observância de um limite pode transformar um instituto em outro. É justamente o que ocorre com as mutações inconstitucionais; elas são mutações que não respeitaram os limites descritos para a mutação constitucional. Dessa forma, fica claro que uma mutação inconstitucional tem como requisito a existência de uma mutação que não respeitou os limites traçados para a mutação constitucional. O que era limite para uma, transforma-se em requisito para outra.

Nem toda lei ou ato inconstitucional é uma mutação inconstitucional. Toda lei ou ato inconstitucional que contrariar um texto da Constituição pode ser uma mutação inconstitucional em potencial. Ocorre que não basta apenas a manutenção de um ato inconstitucional em determinado ordenamento para configurar a mutação, é necessário que o paradigma seja alterado de forma permanente. Isso significa que não é apenas pelo fato de determinada norma inconstitucional não ser afastada e se estender no tempo, sendo aplicada em inúmeros casos, que a mutação inconstitucional se concretizou. É necessário que os demais casos sejam tratados da mesma forma, por isso, é mais fácil que a mutação inconstitucional ocorra em inconstitucionalidades substanciais (materiais) do que em procedimentais (processuais).

Dessa forma, para que uma mutação inconstitucional se opere em face das normas procedimentais, cujo rito está descrito na Constituição, não é necessário apenas a vigência da norma em afronta à Constituição, mas a alteração ou supressão do rito constitucional estabelecido. Assim, só há que se falar em mutação quando o vício da inconstitucionalidade for intrínseco à norma e não por formalidades exteriores.

As normas procedimentais não são a única exceção. Como afirmado, nem toda lei ou ato inconstitucional gerará uma mutação inconstitucional, e essa assertiva vale também para os casos de antinomias com princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. Isso porque a contrariedade entre texto constitucional e texto infraconstitucional é mais fácil de ser percebida nos casos de confrontos entre regras. A fluidez das normas principiológicas e a aplicação do postulado da ponderação praticamente inviabilizam a mensuração objetiva e prévia da contrariedade entre dois textos.

Dessa forma, é fácil perceber que, se uma lei é inconstitucional em face de uma regra constitucional, ou seja, se a antinomia for entre regras, nos casos em que a norma infralegal prevalecer, haverá mutação inconstitucional em potencial. Todavia, quando o conflito for entre princípios ou entre regras infralegais e princípios constitucionais, nem sempre será possível visualizar a situação de mutação inconstitucional em potencial, porque, diante da abstração dos princípios, pode ser que certa sociedade compreenda o princípio em determinada extensão compatível com a regra em vigor.

Nos casos de princípios e cláusulas gerais, por serem deveras abstratos, deve-se levar em conta que esses conceitos estão em permanente desenvolvimento. A título de exemplo, o significado de “igualdade” em 1800 é muito diferente do que se tem atualmente. Assim, uma lei daquele período que concedia direitos e privilégios aos senhores de escravo não era vista como inconstitucional, ao contrário, os seus preceitos se enquadravam no princípio da igualdade descrito na Constituição e estavam alinhados com ele. Dessa forma, a norma, para a sociedade da época, não contrariava o texto da Constituição.

Isso não quer dizer que alterações fáticas ou sociais na forma de interpretar o mencionado princípio não acarretem mutações, sejam constitucionais ou não, apenas que os princípios e cláusulas gerais precisam de um esforço maior na verificação de antinomias. Desse modo, nos episódios envolvendo princípios, é necessário verificar se, concretamente, os princípios estão em conflitos, pois, nesse caso, não se aplica a regra do tudo ou nada. Em suma, em um caso envolvendo princípios, nem sempre será possível, a priori, afirmar que ele se refere a uma mutação inconstitucional.

Os limites à mutação inconstitucional, da mesma forma que à constitucional, não são estanques e incidem em maior ou menor proporção de acordo com a origem da mutação. Por isso a importância da identificação correta da fonte da mutação, pois, ao identificá-la, é possível traçar a fronteira entre a mutação constitucional e a inconstitucional.

A mutação inconstitucional possui as mesmas fontes, já analisadas, da mutação constitucional, por isso, adotou-se nesta tese a mesma classificação utilizada para as mutações constitucionais.

Não é porque existem no ordenamento jurídico mutações inconstitucionais que a Constituição é sinônimo de fracasso e não seja nada mais do que uma folha de papel. O sucesso e o fracasso de uma Constituição não podem ser avaliados pelo critério

“tudo ou nada”. Contudo é fato que a existência, ou pior, a proliferação de mutações inconstitucionais dentro de um ordenamento jurídico sinaliza uma situação de alerta, à qual os poderes constituídos devem prestar atenção, a fim de que a Constituição efetivamente não se torne letra morta.

Nesse sentido, a mutação inconstitucional pode ser um bom indicador para verificar a situação da Constituição em face da classificação ontológica, elaborada por Karl Lowenstein. Um número significativo de mutações inconstitucionais ou mesmo mutações inconstitucionais cada vez mais perto do núcleo duro da Constituição, ocorrendo dentro de um determinado ordenamento jurídico, podem indicar que a Constituição normativa está se transformando numa Constituição nominal, pois cada vez mais está se amoldando ao processo político, deixando, assim, de ser capaz de se impor como limitadora do exercício do poder político.

Além disso, mutações inconstitucionais que atinjam de forma significativa a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo, o regime de governo, a organização e a divisão dos poderes e o rol de direitos individuais podem ir muito além da configuração de uma constituição nominal. Essas mudanças podem configurar um cenário de destruição da Constituição, o que causará o surgimento de uma nova Constituição, porém elaborada de modo informal.

Existem, no ordenamento jurídico brasileiro e português, alguns limites à mutação inconstitucional que visam extirpar a norma contrária à Constituição do ordenamento jurídico. Um desses limites é o controle de constitucionalidade. Esse limite varia de acordo com o ordenamento jurídico analisado, pois há países que não o adotam. Além disso, existem graus de controle de constitucionalidade, o que faz com que ele possa ser classificado como forte ou fraco. Dessa forma, a eficiência do controle para a erradicação da mutação inconstitucional deverá observar as particularidades de cada país. Os outros limites aqui apresentados são, de alguma forma, mais homogêneos. São eles: a autolimitação do poder político, o diálogo institucional e o conflito entre poderes.

Ocorre que esses limites não são intransponíveis; caso sejam superados, a mutação inconstitucional produzirá os mesmos efeitos de uma mutação constitucional e será incorporada ao ordenamento jurídico. É evidente que nada impede que, no futuro, essa situação se altere e a mutação inconstitucional seja afastada, todavia, caso isso não ocorra, a mutação inconstitucional produzirá os mesmos efeitos de uma norma constitucional, o que não quer dizer que a mutação inconstitucional é uma forma de modificação válida da Constituição. Ao contrário, ela é a comprovação de um fracasso

constitucional, ou seja, é uma prova de que a Constituição não foi suficientemente forte para limitar o poder político.

Caso a mutação inconstitucional prevaleça no ordenamento jurídico, ela possuirá um valor positivo, apesar da inconstitucionalidade do ato. Isso quer dizer que não haverá consequência jurídica negativa em face da inconstitucionalidade intrínseca do ato. Em suma, o ato, apesar de contrário à Constituição, produzirá regulares efeitos como se constitucional fosse.

O ato inconstitucional, usualmente, sofre um efeito negativo neutralizador, logo as forças dentro de um ordenamento jurídico, para manter a coerência e a lógica do instituto, tendem a afastá-lo, por força do princípio da constitucionalidade. Uma vez afastado, a decisão proferida retroage, geralmente. É como se o ato nunca tivesse existido. Por isso a regra do ato inconstitucional são os efeitos negativos, já que, anulada a norma, o ato não terá produzido nenhum efeito.

Ocorre que toda mutação inconstitucional que se perpetue no ordenamento jurídico e produza regulares efeitos, possui um valor positivo, pois, embora aquele ato não devesse existir, o fato é que ele existe e produz os mesmos efeitos que uma norma constitucional.

O grande risco da proliferação de mutações inconstitucionais dentro de um determinado ordenamento jurídico é transformar a Constituição em mera folha de papel. Essa concepção sociológica da Constituição é o maior fracasso que o constitucionalismo poderia enfrentar. Isso porque é a prevalência da situação descrita por Ferdinand Lassalle de que uma Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem um determinado Estado.

A Constituição, nessa visão, nada mais é do que o resultado concreto das forças sociais. Assim, a Constituição não seria instrumento hábil para limitar o exercício do poder político pelo direito, uma vez que, na concepção sociológica, a Constituição é vista como fato e não como norma, logo se prioriza a perspectiva do ser em face do dever-ser e a base da Constituição passa a ser as práticas desenvolvidas pela sociedade e pelos órgãos de poder.

Isso não quer dizer que a ineficácia de alguns dispositivos constitucionais ou mesmo a manutenção de algumas mutações inconstitucionais no ordenamento jurídico, por si só, acarretarão constitucionalização simbólica. É bem possível que essas alterações inconstitucionais se harmonizem dentro de um determinado ordenamento jurídico.

Para caracterizar-se, a constitucionalização simbólica demanda atingir os alicerces do sistema constitucional, todavia as instituições jurídicas consagradas no texto constitucional permanecem intactas, o que possibilita que elas utilizem a Constituição como discurso de poder, transformando-a em símbolo e defendendo uma ideologia de que existe um Estado Constitucional, enquanto, na verdade, esse Estado não existe, ao contrário, o que se tem é uma Constituição que serve apenas para os detentores do poder legitimar os seus interesses.

Nesse cenário é que o instituto da mutação inconstitucional converge para a constitucionalização simbólica. O fenômeno da mutação inconstitucional pode se tornar uma ferramenta útil para a constitucionalização simbólica, transformando a Constituição normativa em semântica ou nominal, uma vez que as mutações inconstitucionais têm valor positivo, logo possuem a mesma eficácia das normas constitucionais.

Ante o exposto, conclui-se que, caso não sejam respeitados os limites da mutação constitucional, poderão surgir mutações inconstitucionais, bastando, para tanto, que essas modificações informais sejam reiteradas e se protraiam no tempo.

As mutações inconstitucionais têm valor positivo, logo, possuem a mesma eficácia das normas constitucionais. Caso elas se proliferem em determinado ordenamento jurídico, podem transformar a Constituição normativa em Constituição nominal. Nesse cenário, a Constituição deixa de ser uma ferramenta efetiva de limitação do exercício do poder político, transformando-se em símbolo legitimador de uma ideologia que fundamenta um determinado discurso de poder.

Em suma, nessa vertente, a Constituição torna-se apenas um instrumento para que os detentores do poder legitimem os seus interesses, a Constituição passa a ser uma mera folha de papel. Por essa razão, é extremamente perigoso o desrespeito continuado dos limites à mutação, uma vez que esse caminho pode conduzir ao fim do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, p. 713-746, 1985.

ACKERMAN, Bruce A. *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Ecio Oto Duarte Dimitri (Coord). *Teoria do Direito neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.

AINIS, Michele. Sul valore della prassi nel diritto costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, v. 57, n. 2, p. 307-344, apr./giug. 2007.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Mário Aroso de. A responsabilidade do legislador no âmbito do art. 15º do novo regime introduzido pela lei nº 67/2007, de 31 de dezembro de 2007. *Revista Julgar* Edição da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, n. 5, p. 39-50, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Proceso constitucional en Brasil: nueva composición del STF y cambio constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 12, p. 459-468, 2008.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello; HORBACH, Carlos Bastide. *Sobre árbitros e jogadores: quem é quem no direito constitucional brasileiro?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/analise-constitucional-quem-quem-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 maio 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 9-14, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, 1-2, questão 94, artigo 2º. Disponível em: <<http://sumateologica.wordpress.com/download/>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Traducción de Tomás Calvo Martíne. Madrid: Gredos, 1994.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, p. 1-33, ago. 2001.

ÁVILA, Humberto Bergman. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187-202.

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, p. 159-180, 1999.

AZZARITI, Gaetano. La nuova Costituzione e le leggi anteriori. *Foro it*, IV, 1948, p. 81.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel Moreira Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, p. 61-68, jan./jun. 2011.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 2.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

BARILE, Paolo; PIERANDREI, Alberto. Efficacia abrogante delle norme della Costituzione Italiana. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Orgs.). *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*. Firenze: G. Barbèra, 1950, v. 1.

BARNES, Annette. *On interpretation: a critical analysis*. Oxford: Basil Blackwell, 1988, cap. 2-3.

BARROS, Sérgio Resende. *Noções sobre o Poder Constituinte*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-poder-constituente.cont>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 de jul. de 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (Orgs.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 150.

BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho y positivismo jurídico: isonomia. *Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*. Alicante, v. 1, n. 13, p. 62-63, 2000.

BENTHAM, Jeremy. *The principles of morals and legislation*. London: Printed for T. Payne (Republished 1988. New York. Prometheus Books.), 1789.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLAUG, Mark. De Popper à nova heterodoxia. In: BLAUG, Mark. *Metodologia da Economia*. São Paulo: EDUSP, 1993. p. 68-91.

BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005, p. 165.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955. Disponível em <http://www.constitution.org/bodin/bodin_.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986, p. 97. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

BORNIN, Daniela Queila dos Santos. *Limitações ao poder constituinte reformador*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6526>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. *Indiana Law Journal*, v. 47, p. 1, 1971.

BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Simon and Schuster, 2009, p. 31-34.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1824) *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 jul. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989. Tome III.

BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Revista da Ajuris*, n. 34, jul. 1985.

CAETANO, Marcello; TELES, Miguel Galvão. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2012. v. I.

CAGGIANO, Monica Herman. *Emenda Constitucional n. 45/2004*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2o_2012/Prof.Monica_Reforma_do_Judiciario_artigo_completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, v. 187, n. 679/680, p. 18-22, jan./fev. 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARBONE, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionale*. Padova: Cedam, 1948.

CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 197-208.

CARDUCCI, Michele. I mutamenti costituzionali informali come oggetto di comparazione-Introduzione - Dualismo e monismo nella osservazione dei mutamenti costituzionali informali. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, p. 1643, 2009.

CARDUCCI, Michele. Sobre a Distinção entre mutações constitucionais informais “puras” e “impuras”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 4, n. 15, p. 199-215, jul./set. 2010.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond et al. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 621.

CARRE DE MALBERG, Raymond. *Contribution a la théorie general de l'État*. Paris: Sirey, 1920-1922.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre o derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Lexis/Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, André de Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. *La coutume et le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

COELHO, Teresa Leal. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades relativa ao efeito directo da directiva comunitária*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/caracterizacao_oj_comunitaria.pdf>. Acesso em: 4 maio 2013.

COLLEY, Thomas. *Treatise on the Constitutional Limitations*. Traduzido por Ruy Barbosa em *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. Tomo II, p. 93.

CONSANI, Cristina Foroni. *A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/35730/22971>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

COOLEY, Charles Horton. *Human nature and the social order*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1902.

CORNELL, Drucilla L. The Philosophy of the Limit, Systems Theory and Feminist Legal Reform. *New England Law Review*, v. 26, 1992, p. 12.

CORRÊA, Daniel Marinho. Parâmetros para a mutação constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9854&revista_caderno=9>. Acesso em: 5 jul. 2015.

COUCEIRO, Julio Cezar. *Princípio da separação de poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10678>. Acesso em: 24 jun. 2013.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DAHL, Robert A. (1957). *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. J. Pub. L., 1959.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DAHL, Robert A. *A Constituição norte-americana é democrática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. Apêndice B.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DÁRIO, Fava Corsato. *Súmulas vinculantes*: debate sobre o instituto e imbricação do tema com o controle de constitucionalidade. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/livro-digital,sumulas-vinculantes-debate-sobre-o-instituto-e-imbricacao-do-tema-com-o-controle-de-constitucionalidade,46126.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

DE VISSCHER, Paul. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelles: Maison Ferdinand Larquier, 1985.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti; ROZMARYN, Stefan. *La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe occidentale et dans les états socialistes*. Torino : Libreria Scientifica Editrice G. Giappichelli, 1966.

DICEY, Albert Venn; WADE, Emlyn Capel Stewart. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 43-60.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

Diniz, Maria Helena. Interpretação literal: uma leitura dos leigos. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 67, p. 94-98, agos. 2002.

DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-41.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1927, Tome I.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: De Boccard, 1930.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: We the People in Court'. *Alberta Law Review*, v. 28, p. 324-346, 1989.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, Apr. 1995.

DWORKIN, Ronald. M. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald M. *O império do direito*. Martins Fontes, 2003.

ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Lisboa: Difel, 1990. .

ELSTER, Jon. *Ulises y las Sirenas: estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*. Tradución de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

ELSTER, Jon. *Unwritten Constitutional Norms*. Unpublished manuscript, 2007.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints*. Washington, DC: Cq Press, 1998, p. 119.

ESTEVES, João Lemos. O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FARIA, Maristela Medina. *Análise do controle de constitucionalidade do Canadá, Estados Unidos da América e França*. Disponível em:

<<http://www.diritto.it/docs/35379-an-lise-do-controle-de-constitucionalidade-do-canad-estados-unidos-da-am-rica-e-fran-a>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p. 45).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *A teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não interpretativismo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3173935ed8ac4bf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio, 1963.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Jurisdição Constitucional: Conflitos e Tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL]**. Joaçaba, v. 17, n 1, p. 187-212, jan./abr., 2016.

FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado por omissão legislativa- caso do Art. 37, X da Constituição da República*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 2, n. 1, p. 101-118, 2011.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derratabilidad Y Razón Práctica*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p.185-207.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid:Trotta, 2001;

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. *Revista dos Tribunais*, v. 2, 1973, p. 22.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas: RTrib*, v. 13, n. 60, p. 11-23, jan./fev. 2005.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREUD, Sigmund. *The complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*. Translated by James Strachey. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1966.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, 2012, p. 201. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: L.G.D.J., 1919.

GILLMAN, Howard. The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution. In the Course of American State-Building. *Studies in American Political Development*, v. 11, n. 2, p. 191-247, Oct. 1997.

GIROLA, Carlo. *Le Consuetudini costituzionali*. Recueil d'étude en' honneur de François Gény. Paris: Sirey, 1934. Tomo 1.

GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the debate over originalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume262/06.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

GOMES, Laurentino. 1889. São Paulo: Globo Livros, 2013.

GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro José. *La costumbre em derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989.

GORDON, Scott. *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1999.

GOUET, Yvon. *La coutume en Droit Constitutionnel International*. Paris: A. Pedone, 1932.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Universidade de Lisboa, 1992.

EROS, Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Marco Aurélio. *Normas jurídicas tributárias*. São Paulo: EDUC, Saraiva, 1974.

GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto*. Milano: Giappichelli, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Tradução de Santiago Ortega Gomero. Lima: Ara, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. Os direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, Buenos Aires, v. 3, n. 4, p. 125-138, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Popular Sovereignty as Procedure. In: Bonham, James; Rehg, William. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p 35-66.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a constituição da europa*. Porto: Editora 70, 2012.

HART, Herbert L. A. Problems of the Philosophy of Law. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, Herbert. O conceito de direito. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit*. Toulouse : Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1986.

HAURIOU, Maurice. La Théorie de l'institution et de fondation: Essai de vitalisme social. In : HAURIOU, Maurice (Ed.). *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Cahiers de la Nouvelle journée*, n. 23, 1925, p. 37.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

HAYEK, Friedrich. A. *The constitution of liberty: the definitive edition*. Edited by Ronald Hamowy. Chicago: Chicago University Press, 2011.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Traducción de Luis Tobío. 7. reimpresión. México: FCE, 1981.

HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015.

HOGG, Peter W.; BUSSELL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 195-240.

HORBACH, Carlos Bastide. *O legado Bork e o papel do Senado nas indicações para a Suprema Corte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/analise-constitucional-legado-bork-papel-senado-indicacoes-suprema-corte>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

HORTA, Raul Machado. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HORTA, Raul Machado. Permanência, mutações e mudança constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, 2. ed. de 1999, ano XVII, p. 1. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/revista>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

JEFFERSON, Thomas. *To James Madison, Paris, September 6, 1789*. Letter Eletronic. Disponível em: <<http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=JefLett.sgm&images=i>>

[mages/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=81&division=](#)
>. Acesso em: 12 jun. 2013.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Paris: A. Fontemoing, 1904.

JENNINGS, W. Ivor. *The law and constitution*. Third Edition. London: University of London Press, 1943.

JONES, Arthur A.; WISEMAN, Robin. *The Goths: Children of the Storm*. New York: iUniverse, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado e do Direito*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *The Law of United Nations: a Critical Analysis of Its Fundamental Problems-With Supplement* (1950). New Jersey: The Lawbook Exchange, LTI, 2000, Prefácio.

KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the XIX and XX Centuries*. New York: Longman. 1992.

KRYGIER, Martin. The Traditionality of Statutes. In: *Ratio Iuris*, v. 1, n. 1, p. 20-39, Mar. 1988, p. 20-39.

KURLAND, Philip B.; BLACK, Charles L. *The people and the court*. New York: Macmillan, 1960.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 1977.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stönnner. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Felipe Veit. Súmula vinculante: instrumento de uniformização jurisprudencial e de racionalização processual. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 51, dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 11 de ago. de 2013.

LEAL, Mônica Clarissa Hening. *Jurisdição constitucional aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 1, n. 5, jan./dez. 2007, p. 247.

LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, p. 453-459, 1964.

LEBRUN, Auguste. *La coutume: ses sources – son autorité en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932, p. 25.

LEFFA, Vilson J. Interpretar não é compreender: um estudo preliminar sobre a interpretação de texto. In: LEFFA, Vilson J.; ERNST, Aracy (Orgs.). *Linguagens: metodologia de ensino e pesquisa*. Pelotas: Educat, 2012, p. 253-269.

LEITE, Glauco Salomão. Os limites da interpretação judicial da Constituição na redefinição do controle incidental de constitucionalidade brasileiro. *Revista brasileira de estudos constitucionais - RBEC*, ano 2, n. 7, p. 225-244, jul./set., 2008.

LEVY, Denis. Le role de la coutume et de la jurisprudence dans l'elaboration du droit constitutionnel. *Mélanges offerts a Marcel Waline*. Paris: LGDJ, 1974, Tome I, p. 39-46.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Normas constitucionais não escritas. Lisboa: Almedina, 2014.

LISOWSKI, Telma Rocha. *O poder constituinte entre continuidade e ruptura: limites, tradição e transformação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013.

LISPECTOR, Clarice. *Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 10, n. 3, p. 90-111, 2015.

LOURENÇO, Frederico. *Homero: Odisseia*. Lisboa: Livros Cotovia, 2003.

MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 184-193, 1989.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos federalistas 1787-1788. 2. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O precedente como fonte de Direito*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

MANNINO, Armando. Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali. *Rassegna Parlamentare*, v. 40, n. 4, p. 849-877, 1998.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Portland, OR: Hart Publishing, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

MATOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial: limites da criação judiciária no Estado de Direito. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2784/2565>>. Acesso em: 23 jun. de 2013.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MCBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The Macmillan Company, 1934.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DAC_F8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf>. Acesso em: 21jun. 2014.

MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 13, n. 2, p. 535-564, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acesso em: 23 ago. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 ago. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>, 1999>. Acesso em: 16 ago. 2016.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo II.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: MIRANDA, Jorge et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Lisboa: Almedina, 2012, v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II, p. 133.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Tomo II.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo IV.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. São Paulo: Max Limonad 1953.

MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. *Costituzione: storia di un concetto dall'Antichità a oggi*. Edizione italiana a cura di Mario Ascheri e Simona Rossi. Roma: Carocci Editore, 2008;

MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado: a Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro*. Lisboa: Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados Sociedade de Advogados, RL, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et de. *O espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1995.

MOORE, Michael S. A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review*, v. 58, 1985, p. 277-398.

MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Osvaldo Luiz Leal; ACEVEDO, Otávio Costa. *Camada Limite Planetária-problemas com medições e interpretação de dados*. 2004. Disponível em: <<http://www.abcm.org.br/app/webroot/anais/eptt/2004/portuguese/docs/cap4-cd.pdf>>. Acesso em: 28 de jan. de 2017.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, v. 1.

MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. O direito do contencioso constitucional. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011. Tomo II.

MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI*, v. 20, n. 78, p. 153-228, jan./mar. 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. 2013. Disponível em: <<http://recil.ulusofona.pt/handle/10437/5027>>. Acesso em: 16 maio 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos. In: FELLET, Andre; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 496.

MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-102.

MORALES, Cesar Mecchi. Originalismo e interpretação constitucional. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 35. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042012-161140/pt-br.php>>.
Acesso em: 17 maio 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. Direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325-350.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2011.

MORIN, Edgar. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische methodik*. Berlim: Duncker & Humblot, 1993.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 16, 2000, p. 42-43.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento* (sobre o poder constituinte do povo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NADALES, Antonio Joaquín Porras. *Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española*. *Revista de estudios políticos*, n. 24, p. 175-200, 1981.

NASCIMENTO, Cláudia Lyra. O dilema da incorporação das normas do MERCOSUL no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. Disponível em:
<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93272>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

NEVES, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Daniel de Almeida. Stephen Griffin e a teoria constitucional americana. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2009.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção. Habeas Data. Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEDRA, Adriano Sant'ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEGORARO, Lúcio. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299.

PEREIRA, Fabrício. Diálogos institucionais e sociais. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16962&revista_caderno=9>. Acesso em: 1 fev. 2017.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação e retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. 15. ed. Pádua, 1963, v. II, p. 198.

PESCATORE, Pierre. The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law. *European Law Review*, n. 8, 1983, p. 155.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo das origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIERANDREI, Franco. *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953.

PINTO e NETTO, Luisa Cristina. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PONDÉ, João Luís; FAGUNDES, Jorge; POSSAS, Mário. *Custos de transação e inovações institucionais*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_politicas_de_defesa_da_concorrenca.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2017.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*, 1976. Lisboa: Assembleia Legislativa, 1976.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUADROS, Fausto. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Le convenzioni costituzionali*. Padova: Cedam, 1972.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Ripensando le convenzioni costituzionali. **Politica del diritto**, v. 28, n. 4, p. 499-526, 1997

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. *A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: [<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=>](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=>). Acesso em: 20 out. 2014.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

RIGAUX, Marie-Françoise; DE VISSCHER, Paul. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelles : Maison Ferd Maison Ferdinand Larcier, 1985.

ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Traduction de L. François et P. Gothot. Paris: Dalloz, 1945/2002.

ROSENBLATT, Louise M. The transactional theory of reading and writing. In: ALVERMANN, Donna E.; UNRAU, Norman; RUDELL, Robert B. *Theoretical models and processes of reading*. Newark, DE: International Reading Assoc., 2013, p. 1369.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo/Bauru: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004.

ROYO, Javier Pérez. El proyecto de constitución del derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX. *Revista de Estudios Políticos*, n. 1, p. 67-97, 1975.

ROYO, Javier Pérez. *La reforma de la constitucion*. Madrid: Publicaciones de Congreso de los Diputados, 1987.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.

SABINO, Jandoli. Sulla Teoria della Interpretazione delle Leggi con Speciale Riguardo alle Correnti Metodologiche. In: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SAJÓ, András. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999, p. 14.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of united states federal courts in interpreting the constitution and laws. *Tanner Lectures on Human Values*, v. 18, p. 77-122, 1997.

SCHAPIRO, Robert A. The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 231-250, Oct. 1989.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: Pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012;

SHAKESPEARE, William. *The tragedy of Hamlet*. Cambridge: University Press, 1904, Act 1, Scene 5.

SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Soberania, constitucionalismo e mundialização do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1831, jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11403>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “*common law*” e na “*civil law*”. In: CALMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana (Org.). *Temas atuais de direito ibero-americano* - compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 334-335.

STOLF, Nicola. *Direitto Civile*. T. I. Turin: UTEC, 1919.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 203-228.

STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero17/prodaca_d2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2009.

SUR, Serge. La coutume internationale. Sa vie, son œuvre. *Droits*, n. 3, 1986, p. 114.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, n. 1, p. 337-348, 2015.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Apostilas de Direito Constitucional*. São Paulo: FDAUSP, 1961. Mimeo, p. 72-73.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012;

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Aufl. Mineola, 1988.

TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 5.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. 1999. In: TUSHNET, Mark. *Popular Constitutionalism as Political Law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

URBANO, Maria Benedita. Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. Boletim da Ordem dos Advogados de Portugal, n. 27, ano 2003.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional y fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española e Derecho Constitucional*, año 20, n. 58, ene./abr. 2000, p. 105-135.

VALLE, Jaime. *As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. 2009. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade processual. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa: Lisboa Editora, 1992.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1976, v. II.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 2007.

VERMEULE, Adrian. The atrophy of constitutional powers. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 3, p. 421-444, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILLARROYA, Joaquin Tomás. La dirección dogmática en el derecho político. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 79, p. 67-89, ene./abr. 1976.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Are constitutional norms legal norms. *Fordham L. Rev.*, v. 75, 2006, p. 1702.

WALDRON, Jeremy. The Core the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v.115, n. 6, 2006.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – *a skeptical view*. In: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John (Orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 271.

WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 14-57, November 2014, p. 9-10.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *RePro*, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WERNEWCK, Luiz Viana. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e Conservação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENDI, Marcelo; Branda, Gildo Marçal. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo e Rotshild Editores, 2008, p. 91-109.

WHEARE, Kenneth Clinton. *Modern constitutions*. London; New York: Oxford University Press, 2ª Edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted, 1967.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica: Parte I, a proposição e seu sentido, Parte II sobre a lógica e a matemática*. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. Turim: UTET, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale. I - Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Turim:UTET, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.